قواعد الإثبات

في

المواد المدنية والتجارية

دكتور

محمد حسام محمود لطفي

أستاذ القانون المدني
دكتوراه الدولة في القانون الخاص – جامعة باريس
حائز جائزة الدولة في القانون المدني
وكيل كلية الحقوق للدراسات العليا والبحوث
جامعة بنى سويف
محام لدى محكمة النقض

القاهرة
الطبعة الأولى عام ٢٠٠٦

مقدمـــة

انعقد الرأي منذ وقت بعيد على القول بأن " الدليل هو قـــوام حيـــاة الحـــق ومعقد النفع[١] منه "، " وأن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعـــدم سواء .. "[٢] والدليل هو الذي يطمئن القلب ويثبت العقيدة والوجدان .. ولعل فيمـــا روى عن سيدنا إبراهيم (خليل الله) وسيدنا موسى (كليم الله) عليهما السلام ما يؤكد هذا النظر. فقد طلب كل منهما من ربه الدليل على وجود الإله، فكانـــت معجـــزة عودة الطيور مغردات بعد تقطيعها وتشتيت أجزائها[٣]، وواقعة تجلى الله عز وجل للجبل وانهياره[٤] أدلة قاطعة على وجود إله أعظم ينظم الكـــون ويســـيطر علـــى أرجائه المترامية.

وجاء القرآن الكريم متوجاً للدليل الكتابي على باقي الأدلة، فجاء في سورة البقرة[٥] " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الحالي، المجلد الثالث، ص٢٤٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري الحالي رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، الجريدة الرسمية، العـــدد ٢٢، بتاريخ ٣٠ من مايو/ آيار سنة ١٩٨٦.

(٣) "وإذ قال إبراهيم رب أرني كيف تحيي الموتى قال أو لم تؤمن قال بلى ولكن ليطمئن قلبي قال فخـــذ أربعة من الطير فصرهن إليك ثم اجعل على كل جبل منهن جزءاً ثم ادعهن يأتينك سعيا وأعلم أن الله عزيز حكيم" : آية ٢٦٠ من سورة البقرة.

(٤) "ولما جاء موسى لميقاتنا وكلمه ربه قال رب أرني أنظر إليك قال لن تراني ولكن أنظر إلى الجبـــل فإن استقر مكانه فسوف تراني فلما تجلى ربه للجبل جعله دكاً وخر موسى صعقاً فلما أفـــاق قـــال سبحانك تبت إليك وأنا أول المؤمنين" : آية ١٤٣ من سورة الأعراف.

(٥) آية ٢٨٢ من سورة البقرة.

الأخرى، ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسئموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلـــى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنـــى ألا ترتـــابوا إلا أن تكـــون تجـــارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ".

وقد كان هذا هو الحال أيضاً لدى الرومان فكانوا يقولون بأن الأقوال تطير والكتابة تبقى تأكيداً على تفوق الكتابة على الأقوال الشفوية وزناً وقيمة في الإثبات.

ولم يدم تمسك الفرنسيين طويلاً بمبدأ آخر وهو تفوق شهادة الشهود علـــى الكتابة فصدر مرسوم ملكي في عام ١٥٦٦ ميلادية مؤكداً على زعامـــة الكتابـــة لطرق الإثبات المعروفة، وكان هذا المنطق مبرراً بضعف الذاكرات الإنسانية عن الاحتفاظ بتفاصيل ما يحدث ولا سيما عندما تمر السنون الطوال أضف إلى ذلك ما أكده العمل من قابلية ذمم بعض الشهود للشراء من جانب أصحاب المصالح. فـــإذا وضعنا في اعتبارنا طغيان المادة على عالمنا اليوم أكثر مـــن ذي قبـــل وضـــعف النفوس البشرية وتخلص البعض عن الانتماء إلى الدين وإجلاله، كان لزاماً علينـــا التمسك بهذه الزعامة المنعقدة للدليل الكتابي.

ومع ذلك، فإن إيماننا العميق بقيمة الكتابة في الإثبات وأن لها وحدها مـــن الحجية القانونية ما يجعلها أفضل الأدلة على الإطلاق لا يستطيع أن يجعلنا نغـــض الطرف عن مشكلة من أهم مشكلات العصر وهي التخزين والاسترجاع ؛ فكيف لنا أن نخزن كل هذه الأوراق المكتوبة ونسترجعها عند الطلب بسهولة ويسر؟.

بداية، وحتى يتضح حجم هذه المشكلة نضرب لها مـــثلاً بمشـــكلة إحـــدى كُبريات الشركات الصناعية الفرنسية التي تبين أن مخزن أوراقها تمتد أرففه لتشغل مساحة قدرها ستة عشر كيلو متر، وأن هذه الأرفف تزيد المساحة التي تشغلها كيلو متراً كل عام. ولا يعكس هذا الرقم الحجم الحقيقي لزيادة المخزون الورقي لـــديها، فهو محصلة خصم قيمة عشرين طناً من الورق تحتل مساحة ثلاثة كيلـــو متـــرات كاملة من حجم الزيادة الحقيقية وهو أربعة كيلو مترات سنوياً.

وقد دفعت اعتبارات مماثلة بالبنك الوطني بباريس Banque Nationale de Paris :PNB إلى إنشاء مجمع ضخم لتخزين الورق الذي يصدر منه ويتلقـــاه دورياً في ضاحية " أورليان " على مساحة ٢٦,٥٠٠ متر مكعب عام ١٩٧٠.

ويحتاج البنك إلى عمل مجمع مماثل كل أربع سنوات لأن مخزون الـــورق يتزايد سنوياً بنسبة تتراوح بين ١٠% و ١٥%. ومن الجدير بالـــذكر أن نصـــف المخزون السنوي يمثل الشيكات التي ترد إلى البنك.

ولعل من المفيد أن نشير في هذا المقام إلى أن بنك "الكر يدي ليونيه" والذي أصبح الآن جزءاً من كيان أكبر اسمه CALYON يتلقـــى ثلاثـــة ملايـــين مـــن الشيكات يومياً. فأين يمكن الاحتفاظ بكل هذا ؟.

وحتى إن وجد المكان، فمن يقدر على استرجاع ورقة مـــن هـــذه الأوراق ويقدمها عند الطلب في وقت ملائم ؟.

وقد زاد الطين بلة استخدام الحاسبات الالكترونية في كـــل المجـــالات ولا سيما المجالات المحاسبية، ما جعل من دفتر اليومية الذي كان يمسكه البنك يتضخم من ثلاثين كيلو جراماً إلى ثلاثمائة كيلو جرامات بفضل مـــا ســـمحت بـــه هـــذه الحاسبات من تجزئة العمليات الحسابية وتفصيلها. ويكفي أن ننظـــر إلـــى الآلـــة الطابعة لأحد الحسابات الالكترونية لنرى أنها تخرج صفحة كاملة وبها سطرين أو ثلاثة. فهل يمكن تخزين كل هذه الأوراق واسترجاعها عند الطلب في وقت ملائم؟.

هذا السؤال " المُلح " هو الذي أرق مضاجع رجال القانون في العالم كلـــه منذ وقت ليس بالبعيد، وظهرت الحاجة إلى التوصل إلى أسلوب يكفـــل التخـــزين والاسترجاع للمعلومات في أسرع وقت دون المساس بالضمانات الواجب منحهـــا لجمهور المتعاملين.

ومن المعلوم أن المشرع لا يشترط شكلاً معيناً في المادة التى يكتب عليها أو يكتب بها فيمكن الكتابة على الورق أو الجلد أو الخشب أو غير ذلك، فكل هـــذه الكتابة يعتد بها. كذلك يمكن الكتابة بالمداد الســـائل أو المـــداد الجـــاف أو بـــالقلم الجرافيت (الرصاص) أو على الآلة الكاتبة أو غير ذلك مـــن الوســـائل المتقدمـــة للكتابة. وكل ما يتطلبه المشرع في هذا الصدد هو ثبوت نسبة المحرر إلى صاحبه.

ولم يرد في القانـــون ما يلزم بأن يكـــون التوقـــيع بخـــط اليـــد فجـــاءت المـــادة ٢/١٠ إثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ موضحة أنـــه إذا " .. لم تكسب هـــذه

المحررات صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متـــى كـــان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم " فوسيلة التوقيـــع هي " الإمضاء اليدوي أو بالختم، أو ببصمة الإصبع "[٦]. ومن هذا التوقيع يســـتمد المحرر، سواء أكان عرفياً أم رسمياً، حجته على طرفيه.

وهذا يعني أن المشرع قنن ما كان معروفاً من طرق التوقيع عند صدوره، وعلى الرغم من أن التوقيع باليد هو أفضل طرق التوقيع في نظر العامة والخاصة فإن هذا القول ليس صحيحاً على الإطلاق فقد أثبت العلم الحـــديث وجـــود طـــرق حديثة تفوق التوقيع الخطى أمناً وأماناً من حيث الدلالة على الشخص، نقصد بذلك بصمات قزحية العين "وهذا الجزء الموجود خلف القرنية والذي يعطي للعين لونها " والصوت والشفاه[٧]. فيتم برمجة الحاسب الإلكتروني على أساس ألا يصدر أوامره بفتح القفل المغلق إلا بعد أن يطابق كل هذه البصمات أو بعضها علـــى البصـــمات المبرمجة في ذاكرته. وليست هذه الوسائل – في حقيقة الأمر – أسعد حظـــاً مـــن التوقيع الخطي لأنها تقبل أيضاً العبث فيها فيمكن تسجيل بصمة الصوت[٨] ثم إعادة

---

(٦) وهذا يؤكد ما ورد في سورة القيامة بشأن البنان: " أيحسب الإنسان ألّن نجمع عظامه، بلى قـــادرين على أن نسوى بنانه " (الآيتان ٢و ٣). ونؤكد في هذا المقام أن فرنسا التي كانت ترفض التوقيـــع بغير حركة اليد اضطرت بعد عدة دراسات إلى أن تعترف بحجية بصمة الإصبع فأصدر رئـــيس الوزراء مرسومين الأول رقم ١٧٩– ٨٧ في ١٩ مـــن مـــارس/ آذار ١٩٨٧. (J.O. 20Mars 1987. 3175) و الثاني رقم ٢٤٩ – ٨٧ في ٨ من أبريل/ نيسان عـــام ١٩٨٧ (J.O. 9April 1987. 4046)، وبمقتضى المرسوم الأول أصبح إلزامياً الحصول على بصمة إصبع طالب بطاقة تحقيق الشخصية على ألا تستعمل هذه البصمة إلا عند البحث بشأن كشف محـــاولات استصـــدار بطاقات مزورة أو استخدامها، وكذلك إثبات هوية الشخص أثناء سير الإجراءات القضـــائية، أمـــا الثاني فيتعلق ببرمجة صحف الحالة الجنائية وبصمات المتهمين إلكترونياً بغرض تســـهيل عمليـــة الكشف عن مرتكبي الجرائم.

(٧) هذا يؤكد قولـــه تعالى " وفي الأرض آيات للموقنين. وفي أنفسكم أفلا تبصرون " الآيتـــان ٢٠، ٢١ من سورة الذاريات.

(٨) وتعد بصمة الصوت تطويراً لفكرة خيالية وردت في قصص ألف ليلة وليلة وهي قصة " على بابـــا والأربعين حرامي" وإن كان من كانوا يتحكمون في المضاهاة هم من العبيد المسخرين لهذا الأمر،

بثها، كما يمكن طلاء الشفاه[٩]، أسوة بالأصابع، بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية. كذلك الحال بشأن بصمة القزحية فيمكن – عن طريق بعض أنواع العدسات اللاصقة – أن تلقي مصير بصمات الصوت والشفاه والأصابع؛ فبعض أنواع العدسات اللاصقة يمكن صناعته يدوياً على غرار البصمة الأصلية من حيث اللون وخريطة التكوين[١٠].

وهذا كله يدل على أن التزوير قرين التقدم العلمي. ويلاحظ أن التلاعب في مجال بصمات أخرى مثل بصمات الأسنان والأذن مازال أكثر صعوبة من التلاعب في شأن ما تقدم ذكره من بصمات. على أية حال فإن قابلية هذه الطرق الحديثة للإثبات للتزوير لا يجب أن ينال من مشروعية مطالبتنا بالتطوير، فلا شك في أن تطور أساليب التزوير بشأن هذه الطرق لم يصل بعد إلى ما وصل إليه بشأن الكتابة التقليدية. **ومادام التزوير مفضوحاً في النهاية للخبير فليس من المقبول رفض التطوير.**

فإذا انتهينا إلى ذلك أمكننا أن نفرق بين مسألتين وهما:

الأولى: عدم وجود ما يلزم باتباع شكل معين في كتابة المحرر فليس أسلوب الكتابة أو مادة الكتابة هي التي تمنح للمحرر قوته في الإثبات في مواجهة طرفيه أو في مواجهة الغير ولكن مناط ذلك هو التوقيع. ولا ينال من ذلك تطلب قانون الإثبات أن يتم إفراغ المحرر الرسمي وفقاً للأوضاع التي قررها القانون وهي الأوضاع

فكانت بذلك عبارة " أفتح يا سمسم " هي البداية للتفكير في إمكان استعمال الصوت، بدلاً من المفاتيح المعرضة للضياع، في دخول الأماكن المغلقة.

(٩) أنظر في موضوع بصمة الشفاه رسالة الطبيبة/ منى محمد أبو الفتوح المعيدة بقسم بيولوجيا الفم بكلية طب الفم والأسنان بجامعة القاهرة والتي قدمتها إلى هذه الكلية عام ١٩٨٨ لنيل درجة الماجستير تحت عنوان: دراسات للبصمات الشفية لمجموعة من المصريين مع دراسة بالماسح الإلكتروني لسطح الحافة القرمزية للشفاه.

(١٠) مقابلة شخصية مع الأستاذ الدكتور/ عصام شهيب أحمد أستاذ طب العيون بكلية الطب– جامعة الزقازيق.

التي نظمتها اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الصادر في ٣ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٤٧ لأن ما تطلبته هذه اللائحة يمكن احترامه عند استخدام الأجهزة الحديثة مثل الحاسبات الالكترونية، ومن المعروف أن هذه اللائحة تتطلب أن يشتمل المحرر عدا البيانات الخاصة بموضوعه على ما يأتي: ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق بالأحرف، اسم الموثق ولقبه ووظيفته، وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم بالمكتب أو في مكان آخر، وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وجنسيتهم وديانتهم وصناعتهم ومحال ميلادهم وإقامتهم وأسماء وكلائهم ومن تقضى الحال بوجودهم للمعاونة، وذكر المرفقات الواجب حفظها مع المحرر في هامشه، وإذا كان أحد أصحاب الشأن في المحرر أُمياً ولا يملك ختماً فيمكن اعتبار بصمته كتوقيع له. ومما يؤكد ما قلناه بشأن عدم تطلب القانون لشكل معين في الكتابة ما أوردته اللائحة من جواز قبول توثيق المحررات المطبوع بآلة الطباعة أو المكتوبة على الآلة الكاتبة، وجواز قبول صورها المطبوعة أو المكتوبة على الآلة الكاتبة المعدة للتسليم لأصحاب الشأن أو للحفظ بدار محفوظات الشهر أما صورها المعدة للشهر فيجب أن تكون بالمداد الأسود.

الثانية: عدم وجود ما يلزم بالتمسك بالمفهوم التقليدي للتوقيع، فإذا كان المشرع يقبل التوقيع بالختم أو بالبصمة، أليس ذلك معناه أنه لا يتمسك بالتوقيع الخطي. وهنا نتساءل عن الأمان الذي يتمتع به الأطراف إذا توصل شخص إلى ختم وتمكن من وضع مادة بلاستيكية على إصبعه – كما سبق القول – بها ملامح بصمة الشخص المعني ووضع البصمة إلى جوار الختم احتراماً لقواعد التوثيق، فهل هذا الأمر الذي يقبله العلم الآن يتفق مع العدالة الواجب السعي إليها ؟ وليس أدل على صحة ما نقول مما أوردته اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الصادر في ٣ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٤٧ من أنه في حالة توقيع صاحب الشأن بختمه يراعى التوقيع منه ببصمة إبهامه، كما يراعى ذلك بالنسبة لتوقيع الشهود. فما يطلبه المشرع من ضمانات كانت مقبولة عام ١٩٤٧ أصبح مجالاً خصباً للتحايل والغش وهذا يقودنا إلى نتيجة حتمية ذات شقين:

الأول: أن التوقيع الخطي لم يعد مقبولاً في عصر تستخدم فيـــه أجهـــزة الـــتلكس والفاكسيميل والتوابع الصناعية في نقل المستندات وإصدار التعليمات بالبيع والشراء في جزء من الثانية.

الثاني: أن التوقيع بالختم وبصمة الإبهام أصبحا غير متفقين مع تطـــور العصـــر الحديث وتقدم وسائل التزوير.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نقول أن الوقت قد حان للتخلي عـــن المفهـــوم التقليدي للمحرر والاتجاه صوب الإقرار بحجية المحررات الموقعة بطرق جديـــدة وحديثة مثل بصمات القزحية والصوت والشفاه كذلك الحال بشأن الأرقام الكوديـــة التي تسمح للشخص بالدخول في شبكة المعلومات عن بعد (تسمى MINTITEL) والموجودة في مليونين من المساكن الخاصة في فرنسا، وهي الشبكة التي تواجهت أهميتها العلمية، وإن ظلت أكثر أمناً في التعامل معها، بعد إتاحة شبكة الإنترنـــت للعامة.

فإذا رددنا ما يقال من أن أوربا متخلفة عن الولايات المتحدة الأمريكيـــة – مركز التعاملات المالية – بما يقترب من قرن ونصف من الزمان أمكننا أن نتبـــين حجم المشكلة ونتمثلها في الأذهان. فأين الحجية القانونية في هذا كله ؟.

تتطلب الإجابة عن هذا التساؤل أن نؤكد بداية **أن العلـــم يفـــرض علينـــا تحديات متعددة تجعل رجل القانون مدفوعاً إلى مواكبتها بحلول قانونية، وبديهي** أن هذه الحلول لن تكـــون تقليديـــة دائمـــاً لأن هـــذه التحـــديات ليســـت تقليديـــة أساساً.فمواجهة أية تحديات يكون إما بوسائل تقليدية متطورة وإما بوسائل مستحدثة وهذا ما فعلناه عندما نادينا باعتبار بطاقات الكوة أصولاً للمحررات، وقبول حجية المصغرات الفيلمية بضمانات معينة في الإثبات فاستخدام بطاقات الكوة فيه تطوير للمفهوم التقليدي للمحرر الكتابي[١١]، ومنح المصغرات الفيلميـــة و" المؤمنـــة "[١٢] حجية الأصول فيه استحداث لوسائل متميزة في الإثبات[١٣].

---

(١١) بطاقات كرتونية عليها جزء من مصغر فيلمي في برواز داخلها، ويمكن الكتابة تقليدياً على البطاقة الالكترونية والتصوير المصغر لكل الأوراق المعنية على المصغر الفيلمي، ووضع خـــاتم متقـــب يغطي جزء من البطاقة وجزء من المصغر الفيلمي لضمان عدم تغييره.

أضف في ذلك أن ظهور الأقراص المدمجة المليــزرة Compact Disks التي لا تقبل إعادة الكتابة عليها، فلا تسمح إلا بالقراءة فحسب، فتحت آفاقاً جديــدة للمستقبل في مجال الإثبات الآمن على وسائط مؤمنة تقنياً ونضيف إلى ذلك ظهور التوقيع الإلكتروني/ الرقمي وما صاحب نشأته من ترحيب تقني وقانوني، دفع الأمم المتحدة (UNCITRAL) إلى تبني قانونين نموذجيين (Model Laws) أولهمــا في مجال المعاملات الالكترونية. وثانيهما في مجال التوقيع الإلكتروني، وقد نســج المشرع المصري قانوناً للتوقيع الإلكتروني على غرار القانون النموذجي للتوقيــع الإلكتروني، وأصدره برقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤(١٤)، ثم أصدر اللائحة التنفيذية له بقرار وزير الاتصالات والتكنولوجيا والمعلومات رقم ١٠٩ لسنة ٢٠٠٥(١٥).

ويقابل القانون المصري، القانون الفرنسي رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٣ من مارس/ آذار سنة ٢٠٠٠ المعدل لنصوص القانون المدني.

ويتعين بالنسبة للتوقيع الإلكتروني التأكيد على أنه ليس توقيعاً كغيره مــن التوقيعات، فهو توقيع إلــكتروني يتكون من مفتاحين أحدهما عام (Public Key) والآخر خاص (Private Key) - تماماً كما هو الحال بالنسبة للهاتف المحمول/ الجوال الذي يتكون مما يسمى Puk Code و Pin Code - ويمنح المفتاح العــام من جهة متخصصة (هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومــات بالقريــة الذكيــة/ القاهرة) من خلال مقدم لخدمة التصديق، وهي الجهة التي تقــر بصــحة بيانــات التوقيع الإلكتروني وصلته بالموقع إلكترونياً. ويتمتع الموقع بسيطرة كاملة علـــى " الوسيط الإلكتروني " الذي يستخدمه في التوقيع وهو عادة ما يكون مسجلاً على ما

---

(١٢) نقصد بذلك المصغرات الفيلمية التي يراعى تصويرها وتخزينها ضمانات تقنية محددة متطورة مــن آن إلى آخر لضمان عدم التلاعب في محتواها.

(١٣) أنظر في تفصيل ذلك كتاب "الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية" القاهرة عام ١٩٨٨.

(١٤) الجريدة الرسمية في ٢٢ من أبريل/ نيسان سنة ٢٠٠٤، العدد ١٧ تابع.

(١٥) الوقائع المصرية في ٢٥ من مايو/ آيار سنة ٢٠٠٥، العد ١١٥ تابع.

يسمى بـــ Flash Memory أي على شريحة إلكترونية مصغرة يحتفظ بها عـــادة الموقع، ويوصلها بجهاز الحاسب ليتسنى له إفراغ المحرر الإلكتروني ليشكل مـــع توقيعه الإلكتروني نسيجاً واحداً، ونمثل لذلك بالشكل التالي:

الهيئة مفتاح / عام ⇦ المستخدم يختار مفتاح / خاص ⇦ مقدم خدمة التصديق يقوم بالتصديق على المحرر بما يفيد صحة بيانات التوقيـــع الإلكترونـــي للموقع.

ويرخص لمقدم هذه الخدمة بذلك في مصر مـــن هيئـــة تنميـــة صـــناعة تكنولوجيا المعلومات أو في فرنسا من اللجنة الفرنسية للاعتماد COFRAC ، يعتد بما يمنح من شهادات وبتمام التصديق، ليس للموقع التحلل من توقيعه إلا إذا أثبـــت الغش أو الخطأ الجسيم في جانب مقدم خدمة التصديق الإلكتروني بأن يكـــون قـــد سرب عن عمد أو خطأ جسيم بيانات التوقيع الإلكتروني للموقع. فإذا أخفـــق فـــي عملية الإثبات كان المسئول هو وحده الموقع، والتزم بالتوقيع المنســـوب إليـــه ولا يجديه في هذا الشأن التمسك بأنه قد أهمل في المحافظـــة علـــى بيانـــات التوقيـــع الإلكتروني الخاصة به فتسربت لغيره، حيث يتحمل وحده في هذه الحالة بالمسئولية عن توقيعه.

وقد حرص المشرع على التأكيد على أهمية توافر شروط ثلاثة في التوقيع الإلكتروني ليسبغ على المحرر الإلكتروني نفس الحجية القانونية المقررة للتوقيـــع العادي على محرر غير إلكتروني، وهذه الشروط هي:

(١) ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

(٢) سيطرة التوقيع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

(٣) إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات الوثيقة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني.

ولتقريب المسألة كلها إلى الفهم، نجد أن من لديه جهاز هاتف أرضي أو محمول/ جوال يتحمل بقيمة كل المكالمات التي تصدر منه أو من الخط الخاص به (إذا ما نقل شريحة الهاتف المحمول/ الجوال إلى جهاز آخر)، ولا يجديه أن يقول أنه لا يعرف من استخدم هاتفه ولو كان هاتفه له " قفل بمفتاح " ركبه على قرص الهاتف لمنع الغير من استخدام الجهاز دون إرادته أو كان هاتفه له " شفرى " (Key Lock) يعمل يدوياً أو آلياً لتحقيق الهدف نفسه.

وبديهي أن وضع التوقيع الإلكتروني على محرر لا يعني أن المحرر يصير صحيحاً قانوناً ويبرأ من البطلان، نسبي أو مطلق، بل يتعين أن يكون هذا التوقيع لم يستحصل عليه من صاحبه بغش أو خدعة وإلا كان التوقيع غير صحيح ولو كان صحيحاً، لانتفاء الرابطة العضوية بين التوقيع و المتن [١٦]، وفي هذا المعنى قضي في فرنسا[١٧] في مجال التوقيع الإلكتروني تحديداً.

وليس أمام من يريد الوقوف أمام هذه التقنية الجديدة إلا أن يمتنع عن التقدم بطلب للحصول على مفتاح عام، ومن ثم فلن يطالب، رغماً عنه، في إبرام تعاقد إلكتروني. مع ذلك فإن ريح التغيير ستجبرنا جميعاً على استخدام هذه التقنية الجديدة، تدريجياً ولننظر لما حدث بالنسبة لبطاقات الائتمان الممغنطة ثم للهاتف الأرضي ثم للهاتف المحمول/ الجوال حيث تتزايد أعداد مستخدميها باطراد. وما هذا إلا من قبيل التطبيق لما تعارفنا عليه من أن الماء قد يصل إلى واد قبل واد آخر، إلا أنه سيصله بيقين باعتبار أن قوة دفع الماء من ورائه.

ويحضرنا في هذا المقام المفكر الكبير عبد الرحمن الكواكبي الذي ينتهي إليه نسب هذه العبارة الحكيمة " **هذه قولة حق وصرخة في واد إذا ذهبت اليوم مع الريح فستذهب غداً بالأوتاد** ". نقصد بذلك أوتاد نظام الإثبات الحالي الذي سيصبح

---

(١٦) نقض مدني في ١٩ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٨ رقم ٩٢ ص ٤١٢(الطعن رقم ١٢١٤ س ٥٦ ق).

(١٧) نقض مدني فرنسي: .Cas- Civ-2'ch- 30 Av- 2003, Juris- Data No. 2003 018798–
مشار إليه لدى د. أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني : دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٤ صـ ٣٠.

– إن لم نتعهده بالاجتهاد – مجرد أثر من آثار الماضي التي ننظر إليها بالإعجاب رغم أنها لا تملك حولاً ولا قوة.

وقد رأينا بعد هذه المقدمة التي نبهنا فيها إلى مشكلة الإثبات التـــي تهـــدد الحقوق بالضياع أن نلفت نظر القارئ للأهمية العملية للإثبات وما يواجهـــه مـــن صعوبات بعضها راجع إلى التقدم التقني وأكثرها راجع إلـــى ثقافـــة الاســـتحلال والالتفاف حول نصوص القانون للاستئثار بما هو ليس حقاً لمن يطالب به.

ويقتضي هذا كله التمهيد لدراستنا بفصل تمهيدي نوضـــح فيـــه الوضـــع الحالي.

فصل تمهيدي
ماهية الإثبات

ينصب الإثبات على واقعة قانونية وليس على حق متنازع فيـه أو عليـه، وهذه الواقعة تعتبر مصدر الحـق، وهي إما أن تكـون تصرفاً قانونياً أو واقعـة مادية[١٨]. ونضرب مثلاً للتصرف القانوني بالبيع وعارية الاسـتعمال أو عاريـة الاستهلاك أو القرض أو الوديعة، ونضرب مثلاً للواقعة المادية بواقعة العمل غير المشروع حيث يترتب عليها آثار قانونية تتمثل أساساً في تعويض الفاعل للمضرور وفي هذا المعنى قُضي " .. بأن محل الإثبات ليس هو الحق المدلى بـه، شخصـياً كان هذا الحق أو عينياً، بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحـق – أي– التصـرف القانوني أو الواقعة القانونية "[١٩].

وليس في الإمكان الحديث عن حق غير ثابت، فالإثبات هو حيـاة الحـق وروحه، وبدونه يكون صاحب الحق مجرد " مدع " يستوي مع " عديم " الحق، فمن لا دليل لديه، لا حق له.

وإذا كان الحق يثبت بكل طرق الإثبات في الحالات الجنائيـة والتجاريـة والإدارية، فإن الإثبات المدني يرتبط بقواعد محددة بعضها موضـوعي والآخـر إجرائي (أو شكلي)، فليُثبت (أ) حقاً له يدعيه يتعين أن يتبع إجراء شـكلي نظمـه المشرع بهدف الوصول إلى هذا الإثبات.

وإذا كانت قواعد الإثبات الموضوعية بعضها يتعلق بالنظام العام شأنها في ذلك شأن القواعد الإجرائية جميعاً، فإن بعضها الآخر، وهو الغالب، ليس كـذلك. وتكمن أهمية هذه التفرقة في جوانب ثلاثة كالتالي: جواز الاتفاق مقدماً على مخالفة

---

(١٨) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٥٨ ص ٤٢٥.

(١٩) نقض مدني ١٣ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٨٦ (طعن رقم ١١٧٤س ٥٣ق)/ غير منشور.

حكمها، وجواز أن يقضي بها القاضي من تلقاء نفسه، وجواز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض. هذه العناصر الثلاثة تنطبق فقط على القواعد المتعلقة بالنظـام العام وحدها دون غيرها، فـلا يجوز الاتفاق مقدماً على مخالفة حكمها، ويجـوز للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه ويجوز التمسك بها لأول مرة أمـام محكمـة النقض. على العكس، فما لا يتعلق بالنظام العام يجوز الاتفاق مقدماً على مخالفـة حكمه، ولا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه بل لابد من تمسك الخصوم به أمامه، ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض " بأن قواعد الإثبات، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفـاق علـى مخالفتهـا، صراحة أو ضمناً، كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها أن يتنازل عنها، فـإذا سكت عنها عُد ذلك تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القـانون، ولا يجوز التصدي بها لأول مرة أمام محكمة النقض "[٢٠].

وفي شأن القـواعد الإجـرائية، قُضي بعدم جواز الإثبات بـ " البِشـعة " (أن يلامس المدعى عليه إناء ساخن بلسانه وتبرأ ذمتـه إن لم يلسـع لسـانه)، باعتبارهـا " وسيلة لإثبات الحق أو نفيه (الاستناد إليها) هو مما تأباه سنن المجتمع وتحرمه قواعد النظام العام لما فيه من احتمال إيقاع الأذى بالمتخاصمين "[٢١].

وقد كانت قواعد الإثبات على غرار فرنسا – موزعة في مصر بين قانونين وهما القانون المدني (القواعد الموضوعية) وقانون المرافعات المدنيـة والتجاريـة

---

(٢٠) نقض مدني ٢٠ من مـارس/ آذار سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني س٢٨ رقم١٣١ ص٧١٨، و ٢٨ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٨١ (طعن رقم ١٣٠٢ س ٥٠ ق)، ١٢ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨٥ (طعن رقم ١٦١٦ س ٥٠ ق) ، و ٣١ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٦ (طعن رقم ١٢٤٣ س ٥٠ ق)، و ٢٨ من مايو/ آيار سنة ١٩٨٦ (طعن رقم ٩٦٠ س ٥٠ ق). وكذلك نقض مدني ١٤ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني، س١٩ رقم٢٠٤ ص١٣٥٤، ٢٠من.

(٢١) نقض مدني ١٩ من مايو/ آيار سنة ١٩٥٥، مجموعة الربع قرن جـ١ رقم ص٢٧، و ١٩ مـن ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، س٤١ رقم٣٢٠ ص ٩٤٨.

(القواعد الشكلية)، فجاء المشرع وضمها جميعاً في قانون واحد اسماه قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية برقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، مترسماً في ذلك خطى المشرع الأمريكي والإنجليزي حيث أخذ بهذا المنهج على خلاف المشرعين الألماني والسويسري اللذين جمعا هذه القواعد، موضوعية وإجرائية، في قانون المرافعات المدنية والتجارية(٢٢).

وتنطبق قواعد الإثبات الواردة في هذا القانون على جميع المنازعات المدنية (وكذلك الأحوال الشخصية) والتجارية، أياً كان مصدر الحق المعني، وذلك كله ما لم يخص المشرع، صراحة، بعض المنازعات بتنظيم خاص.

وقد كان أمام المشرع الذي قنن ما ورد في قانون المرافعات المدنية والتجارية دون إضافة تذكر(٢٣).

مذاهب ثلاثة للإثبات: المطلق والمقيد والمختلط، ونبين فيما يلي لمحة عن كل منها:

أ / **مذهب الإثبات المطلق**، ويقال له الإثبات الحر، فيكون المرجع فيه للقاضي ووجدانه وضميره وعقيدته التي يكونها من ملف النزاع، وهو مذهب يتبناه مشرعو إنجلترا، وسويسرا، وألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية.

ومكمن العيب لهذا المذهب هو تفاوت الحكم بالنظر للقاضي نفسه، فلا أمان فيه للمتقاضي على حقه، ويترك الحبل على الغارب لمن هو " ألحن بحجته ".

ب / **مذهب الإثبات المقيد**، ويقال له القانوني، فيكون القاضي بمثابة " الآلة " التي تتحرى ما تَطَلَّبه القانون من عناصر، فإن توافرت قُضت بها، وإن انتفت أُعرض

---

(٢٢) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٨٨، ص١١ وفتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، رقم ٣٦٠ ص٤٢٦.

(٢٣) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٦٠ ص ٤٢٦.

عنها، " فقد تكون الحقيقة الواقعية بملء السمع والبصر ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية ما دام لا يمكن إثباتها بالطرق التي حددها القانون "[٢٤].

وهذا المذهب يأخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية، إلى جوار المذهب الأول، فذهب البعض إلى إيراد طرق القضاء حصراً في طائفة معينة، وذهب البعض الآخر إلى القول بقبول أي حجة تؤيد المدعى أو دفع الدافع[٢٥].

وقد ورد في المشروع التمهيدي للقانون المهني ما يفيد أن المشروع قد احتذى مثال التقنيات اللاتينية، وأخذ بنظام تقييد الإثبات، فبدأ بتعيين من يكلف بإقامته الدليل أو احتمال عبئه. وقد قصد من الأخذ بهذا النظام إلى اتقاء تحكم القضاء، وكفالة حسن سير العدالة، وتأمين استقرار المعاملات. وكل أولئك قبيل الاعتبارات العامة التي تنهض، لا لتوجيه التقييد في عمومه فحسب، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها، ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات، وترد الأحكام المتعلقة بهذا التعيين إلى قاعدة احترام الوضع الثابت أصلاً فالأصل في الإنسان براءة الذمة، وعلى من يدعى التزام غيره، ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل، أن يقيم الدليل على دعواه[٢٦].

ج / مذهب الإثبات المختلط، فهو خليط بين إثبات مطلق حر واثبات مقيد قانوني، فيجعل من حياد القاضي هو الأساس ويورد على سبيل الحصر أدلة الإثبات ويحدد قوة بعضها في الإثبات. فلا يفرط في توقيعات المتقاضين قبل اللجوء إلى القضاء، فالقواعد معروفة، ولا يهدر ضمير القاضي.

وهذا المذهب قننه المشرع الفرنسي، والإيطالي، والبلجيكي، وكذلك المصري[٢٧].

ويقسم الفقه – عادة – طرق الإثبات إلى أربعة أقسام كالتالي[٢٨]:

---

(٢٤) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جـ٢، رقم ٢٣ ص٣.

(٢٥) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٦٤ ص ٤٢٩.

(٢٦) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٣ ص ٣٥٠.

(٢٧) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٦٥ ص ٤٣٠.

(٢٨) تناغو رقم ٣٩ ص ص١٠٠ : ١٠٢، وفتحي عبد الرحيم رقم ٣٨٦ ص ٤٤٩ وما بعدهما.

١- من حيث مدى التزام القاضي بها : طرق ملزمة وطرق مقنعة:

(أ) طرق ملزمة للقاضي، الكتابة (ما لم تـذكر)، والإقـرار، واليمـين والقـرائن القانونية، علماً بأن منها القرائن القطعية التي لا تقبل إثبات عكسها.

(ب) طرق غير ملزمة للقاضي، وهي شهادة الشهود، والقرائن القضائية، والمعاينة والخبرة.

والفارق بينهما أن الأولى ملزمة للقاضي لا يستطيع إهدارها، أمـا الثانيـة فهي خاضعة لمطلق تقدير القضاء دون رقابة عليه من محكمة النقض.

٢- من حيث دلالتها على الواقعة المراد إثباتها: طرق مباشـرة وطـرق غيـر مباشرة:

(أ) طرق مباشـرة، تنصب دلالتها " مباشرة " على الواقعة محل الإثبـات، وهـي الكتابة و شهادة الشهود والمعاينة، والخبرة أيضاً[٢٩].

(ب) طرق غير مباشرة، تنصب دلالتها "بطريق غير مباشر"، حيث يكون الاستنباط هو مناط تخريجها، وهي القرائن والإقرار واليمين.

وإذا كانت القرائن ذات حجية متعدية إلى الغير، فإن الإقرار واليمين لهمـا حجية مقصورة على الخصمين فقط.

وللتوضيح نؤكد أن القرائن ترد على واقعة بديلة - كمـا سـبق القـول - كسداد الأجرة اللاحقة كقرينة على سداد الأجرة السابقة عليها. وفيما يخص الإقرار واليمين، نجدهما يتضمنان إعفاء للخصم من الإثبات[٣٠]، فبـالإقرار يثبـت حـق الخصم المعفي من الإثبات، بطريق غير مباشر. فإذا اقر (أ) أنه مدين لـــ (ب)، فيستحق (ب) قيمة المديونية بطريقة غير مباشرة نتيجة هذا الإقرار الـذي ترتـب

---

(٢٩) تناغو رقم ٣٩ ص ١٠١.

(٣٠) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٨٧ ص ٤٥٠.

عليه إعفاء الخصم (ب) من الإثبات. كذلك بالنسبة لليمين، ففيه احتكام لمن حلف، فإذا حلف فقد أعفى من إثبات الواقعة بإرادة خصمه الذي وجه إليه اليمين، وإذا نكل فقد أعفى خصمه من الإثبات، فيتوصل إلى الإثبات بطريق غير مباشر وهو حلف اليمين أو النكول عنها.

٣- من حيث إعدادها مقدماً للإثبات : طرق مهيأة (Pré-constitués) وطرق غير مهيأة (Casuels) :

(أ) طرق مهيأة، وهي الكتابة والقرائن القانونية.

(ب) طرق غير مهيأة، وهي جل طرق الإثبات الأخرى حيث لا تهيأ بداية بل في توقيت لاحق لنشأة الحق. وينطبق ذلك على الشهادة، والقرائن القضائية، والإقرار، واليمين والخبرة.

٤- من حيث مدى استقلاليتها، طرق عادية/أصلية وطرق غير عادية/ تكميلية وطرق احتياطية :

(أ) طرق عادية أو أصلية، وهي الكتابة والقرائن القانونية بالنسبة للتصرفات القانونية والوقائع المادية على حد سواء[٣١]، وشهادة الشهود، والقرائن القضائية (بالنسبة للوقائع المادية والتصرفات القانونية في حدود خمسمائة جنيه فقط).

(ب) طرق تكميلية، وهي شهادة الشهود، والقرائن القضائية واليمين المتممة،فهي تكمل دليل آخر ناقص مثل مبدأ الثبوت بالكتابة فيما جاوز خمسمائة جنيه أو تكمل قناعة القاضي بدليل آخر لا يرتضيه القاضي دليلاً كاملاً[٣٢].

(جـ) طرق احتياطية، وهي الاستجواب (بهدف الوصول إلى إقرار خصمه بالحق)، واليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم – كورقة أخيرة – ليظفر بحقه وثوقاً

---

(٣١) سمير تناغو رقم ٣٩ ص ١٠٢.

(٣٢) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٨٩ ص ٤٥١.

منه في ورع خصمه، لذا يطلق على الإقرار واليمين طرقاً غير عادية باعتبارها لا تندرج ضمن طرق الإثبات " إلا تجوزاً "[٣٣].

ندرس فيما يلي على التوالي مبـادئ الإثبـات (الفـرع الأول)، ومحـل الإثبات(الفرع الثاني)، وعبء الإثبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مبادئ الإثبات

يحكم الإثبات عدة مبادئ عامة أولها مبدأ حياد القاضي، ثم يتلوه مبادئ عدة وهي الإثبات حق للخصوم، والمجابهة بالدليل، وعدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، وعدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه (القاعدة والاستثناء).

المبدأ الأول: حياد القاضي: ليس للقاضي أن يتحيز إلى خصم دون آخـر، فيقـف موقف المحايد الذي يفصل في النزاع، فهو " حكم شريف "، لا ينحاز ولا يميل بل يقف موقفاً سلبياً من ادعاءاتهم ودفاعهم ودفوعهم، فيسمع ويقضي بما يراه حقاً طبقاً للقانون، وهو في عمله هذا عليه أن يسبب حكمه تسبيباً مقبولاً، يحمل ما انتهى إليه من منطق تبناه، حتى يدلل على حياديته.

وليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي اللهم إلا إذا كان ما يقضي به هـو معلومة ثابتة، تاريخية أو جغرافية أو علمية أو فنية[٣٤]. وفي هذا المعنى قضى بأن مبدأ حياد القاضي لا يحول بينه وبين " .. ما يحصله استقاءً من خبرته بالشـئون العامة المفروض إلمام الكافة بها "[٣٥]. تطبيقاً لذلك قضى بأن من قبيل المعلومـات المستفادة – الخبرة بالشئون العامة – في معرض تحديد ما يخصم من مقابل طعام

---

(٣٣) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٨٩ ص ٤٥١.

(٣٤) السنهوري، الوسيط، جـ٢، ص٤٩ هامش رقم (١).

(٣٥) نقض مدني ١٢ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩، رقم٩٦ ص٩٩٩.

العمال – القول بأن " .. ليس صحيحاً أن يقدم للخدم ما يقدم للعملاء من طعام بـــل يجهز لهم عادة طعام قليل التكاليف "[٣٦].

فإذا جاوز القاضي هذه الحدود، وقضى بعلمه الشخصي، فقد فـــوت علـــى الخصوم مناقشته في هذا العلم الذي هو في حقيقته دليل في القضية، وجعـــل مـــن نفسه خصماً وحكماً في آن واحد[٣٧].

وقد أتاح القانون للقاضي مكنة التنحي من تلقاء نفسه " استشعاراً للحرج "، كلما وجد نفسه في موقف العالم بما ليس في الملف المطروح أمامه مـــن وقـــائع، فجعلت عبارة "استشعار الحرج" عاصماً له من الخوض في نزاع معـــين، بعلمـــه الشخصي بما ليس من الشئون العامة المعلومة للكافة.

تطبيقاً لذلك، لا يعد من قبيل العلم الشخصي المستوجب للتنحي " استشعاراً للحرج " العلم باكتمال القمر وسطوعه ليلة الرابع عشر من الشهر الهجري، أو علم القاضي بكسوف الشمس أو خسوف القمر في توقيت معين من السنة. كذلك لا يعد كذلك ما ينتهي إليه القاضي من نتائج بعد دراسة للملف المطروح عليه، أو تشككه في نقاط معينة مما يدفعه إلى تحريها باستجواب الخصوم أو توجيه اليمين المتممة أو الانتقال للمعاينة بنفسه أو ندب أهل الخبرة. فكل هذه المسائل ليس فيها تجـــاوز من قبل القاضي أو افتئات على التزامه بالحيدة فيما هو مطروح عليه من أنزعة.

وقد جرى قضاء النقض في فرنسا علـــى التفرقـــة بـــين ســـلطة ســـيادية (Souverain) وسلطة تقديرية (Discrétionnaire)، فيجعل الأولى ملك يمـــين قاضي الموضوع دائماً، ويقصر الثانية على السلطات المقيدة لقاضـــي الموضـــوع برقابة صارمة من محكمة النقض.

وفي مصر فإن " التسبيب " هو وسيلة قضـــاء الـــنقض لتحـــري "منطـــق القاضي" في حكمه، فيتعين أن يكون التسبيب كافياً مسوغاً للنتيجة التي انتهى إليها،

---

(٣٦) نقض مدني ٢٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٥٩، مجموعة المكتب الفني، س١٠ رقم٤١ ص٢٥٩.

(٣٧) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، ص١٤.

وإن كان القاضي ليس ملزماً بأن يفصح عن أسباب ترجيحه دليلاً آخر مادام قد افصح عن الأسباب التي اعتمد عليها في ذلك الترجيح[٣٨]، أو طالما لم يخرج عن مدلولها[٣٩].

وفي شأن إجراءات الإثبات، فالقاضي هو من يحددها، وله أن يعدل عنها شريطة الإفصاح عن أسباب العدول بمحضر الجلسة ما لم يكن هو من أمر بها من تلقاء نفسه، حيث لا يتصور أن يمس العدول عنها في هذه الحالة أي حق للخصوم[٤٠]، على أن تتضمن الأسباب بياناً لأسباب العدول[٤١].

وإذا كان الأصل ألا تعد أحكام القاضي بإجراءات الإثبات أحكاماً قطعية، فلا تحوز حجية الأمر المقضي، حيث للقاضي العدول عنها أو استبعاد النتيجة التي وصلت إليها، فإن فصلها في حق من الحقوق يجعلها حجة فيما فصلت فيه، فلا يجوز قبول دليل ينقص من هذه الحجية[٤٢].

كذلك فإن حسم النزاع بين الخصوم على وسيلة الإثبات، بعد أن تجادلوا في جوازها من عدم جوازها، يحوز الحجية[٤٣].

---

(٣٨) نقض مدني ٣١ من مايو/ أيار سنة ١٩٦٧ (طعن رقم ٢١ لسنة ٣٥ق)، مجموعة المكتب الفني، س ١٨ رقم١٧٧ ص ١١٨٤.

(٣٩) نقض مدني ٣١ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني س ٣٦ رقم ٢٦٠ ص١٢٥٨.

(٤٠) نقض مدني ٢٠من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٨٥ (طعن رقم ١٥٤٦ س ٥٠ق).

(٤١) قضى بسبب هذا الجزاء مخالفة هذا التسبيب "تنظيمي": نقض مدني ١٥ من مايو/ آيار سنة ١٩٨٦ (طعن رقم ١٧٦ س ٥٢ق).

(٤٢) نقض مدني ٣١ من ديسمبر/كانون أول سنة ١٩٨٥ (طعن رقم ٥٣٧ س ٥٢ق)، مجموعة المكتب الفني س٣٦ رقم٢٦٢ ص ١٢٧٢.

(٤٣) نقض مدني ٢٦ من يونيو /حزيران سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني س٢٠ رقم١٦٨ ص١٠٩٠.

المبدأ الثاني: الإثبات حق للخصوم: إذا كان الإثبات هو روح الحق، والتي بدونها يصبح الحق من قبيل العدم، فإن حق الخصوم في الإثبات والنفي ليس محلاً لشك، فهو ملك يمين كل خصم سعياً منه إلى إثبـــات ما يدعيـــه، ومن ثم لـــيس للقاضي " الإخلال بحق الدفاع " المقرر لكل خصم في هذا الشأن.

المبدأ الثالث: المجابهة بالدليل: يلتزم القاضي بمبدأ المواجهة، أي يواجه ما بـــين الخصوم فيجابه كل منهم بالدليل، فلا يتيح مثلاً تقديم مذكرة من المدعى ولا يمكـــن المدعى عليه من الرد عليها، ولا يبيح لخصم الإثبات بشهادة الشهود دون أن يمكن خصمه من مناقشتهم والرد عليهم، ولا يأذن لخبير بمباشرة مهمته مع خصم بمعزل عن الخصم الآخر.

المبدأ الرابع: عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه: الأصل أن الشخص ليس له أن يصطنع دليله بنفسه، فيكون خصماً وحكماً في آن واحد[٤٤]. وفي هذا المعنى قضى بأنه " لا يجوز للشخص الطبيعي أو المعنوي أن يتخذ من عمل نفسه لنفســـه دليلاً يحتج به على الغير "[٤٥].

مع ذلك، فالاستثناء مقرر في المسائل التجارية، فدفاتر التاجر " المنتظمة " حجة له (وعليه) في مواجهة خصمه التاجر (مادة ٢٧ تجاري)[٤٦]. كذلك للتاجر أن يتمسك بما ورد في دفاتره في مواجهة عميله على أن يكمل القاضي هـــذا الـــدليل الناقص بيمين متممة (مادة ١٧ إثبات).

---

(٤٤) وفي الحديث الشريف " ولو يعطى الناس بدعواهم، لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم".

(٤٥) نقض مدني ١٣ من مارس/ آذار ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨ رقم ١٢٢ ص ٦٧١.

(٤٦) " القيود التي تدون في الدفاتر التجارية من قبل مستخدمي التاجر المأذونين في ذلك، تعتبر في حكم القيود التي يدونها التاجر بنفسه، ويفترض فيها أنها دونت بعلمه إلا إذا أقام الدليل على خلاف ذلك " (مادة ٢٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩).

المبدأ الخامس: عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه: ليس لأي من الخصوم مطالبة الآخر بتقديم دليل تحت يده، لا يريد تقديمه[٤٧].

مع ذلك، أجاز المشرع في حالات ثلاثة الخروج على هذا الأصل العام (مـادة ٢٠ إثبات).

- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه[٤٨].
- إذا كان المستند مشتركاً بينه وبين خصمه، أي محرر لمصلحتهما أو مثبتـاً لحقوقهما والتزاماتهما.
- إذا كان الخصم قد استند إليه في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

تطبيقاً لذلك لم يجز المشرع لمن قدم مستنداً في دعوى أن يسحبه من تلقاء نفسه دون رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من المحكمة " بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى ويؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل ".

وليس في توافر أي من هذه الحالات ما يلزم القاضي بطلب موجـه إليـه بالإلزام بتقديم دليل تحت يد الخصم " ضد نفسه "، فله رفض ذلك إن وجد يتعلـق بأسرار عائلية أو وجد في أوراق الدعوى ما يغني عن ذلك.

وقد قضي في هذا المعنى أنه " لما كان هذا الطلب من إجراءات الإثبـات، (فـ)يتعين على المحكمة إذا قُدم إليها أن تقبله أو ترفضه حسب تقـديرها لدلائلـه ومبرراته ... فإنها إذا أغفلته ولم ترد عليه يكون حكمها مشـوباً بالقصـور ممـا يوجب نقضه في هذا الخصوص "[٤٩]، شريطة أن يكون الطلب منصباً على مستند " منتج "، ومحدد " الأوصاف والفحوى بقدر ما يمكن من التفاصيل والواقعـة التـي

---

(٤٧) نقض مدني ١٠ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٤٠، مجموعة الربع قرن، ج٨ رقم٣ ص٨٦.

(٤٨) تقابلها المادة ٦/ ١٨٢ تجاري

(٤٩) نقض مدني ١٣ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٢ (طعن رقم ١٢٩س ٣٦ق)، مجموعة المكتـب الفنـي س٢٣ رقم٨٩٤ ص٨٩٤.

يستشهد بها عليها والدلائل والظروف التي تؤيد أنها كانت تحت يد الخصم ووجه إلزامه بتقديمها "[٥٠].

فإذا تمسك الخصم بالمستند حسبما تقدم، وأقر الخصم بأن المحرر في حيازته أو سكت، أمرت المحكمة بتقديم المحرر في الحال أو في موعد لاحق تحدده، فإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً بصحة الطلب " وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو يهمل البحث عنه، ليحرم خصمه من الاستدلال به ".

وإذا نكل الخصم عن تقديم المستند في الموعد المحدد، أو امتنع عن حلف اليمين أعتد بقول الخصم فيما يخص الشكوى والموضوع أو اعتبرت الصورة المقدمة منه أصلاً[٥١]، حيث يعد هذا الموقف السلبي "تسليماً بقول الطالب"[٥٢].

الفرع الثاني

محل الإثبات: الواقعة القانونية

نوضح فيما يلي ماهية الواقعة القانونية ثم نبين شروطها، علماً بأنه " ليس للخلف أن يسلك في الإثبات سبيلاً ما كان لمورثه أن يسلكه "[٥٣]

أولاً : ماهية الواقعة القانونية :

---

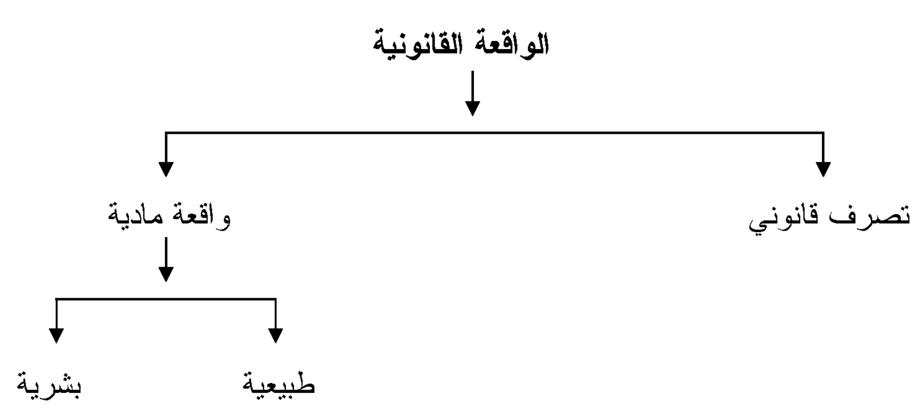
(٥٠) نقض مدني ٢٣ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٢ (طعن رقم ١٠١٩ س٤٩ ق).

(٥١) فإذا لم يقدم المدعى من جانبه صورة العقد، فللمحكمة "أن تأخذ أو لا بما قاله المدعى من أن العقد لم يعلق على شرط"، فإن أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات صحة قوله فلا تثريب عليها في ذلك (نقض مدني ١٤ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٦٦، طعن رقم ٢٤٣ س ٣١ ق)، مجموعة المكتب الفني، س١٧ رقم١٨٨ ص ١٣٥٩.

(٥٢) نقض مدني ١١ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٤ (طعن رقم ١ لسنة ١٧ق)، مجموعة الربع قرن، جـ١ ص٢٧.

(٥٣) نقض مدني ٦ من شهر فبراير/ شباط سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، س٤٨ رقم٤٩ ص ٢٥٧.

" الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتهـا، بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام، ومن هذا الالتزام أو ذاك الحق "[٥٤]. ويقصد بالواقعة القانونية العقد أو الفعل الضار مثلاً، أما الواقعة المادية فهي الفعل غير المشروع. وفي الحالتين يرتب المشرع أثراً قانونياً، هو قيمة الدين (العقد) أو قيمة الضرر (الفعل غير المشروع) من جانب، والميراث (الوفاة) أو التعويض (الفعل الضار):



ويثبت التصرف القانوني، كقاعدة عامة، بالكتابة، أما الواقعة المادية فتثبت بكل طرق الإثبات "لأن طبيعتها تتجافى مع تطلب دليلاً معيناً بشأنها"[٥٥]. في هذا الشأن قضي بأن الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأي طريقة من الطرق القانونية.[٥٦]

ثانياً: شروط الواقعة القانونية : خمسة:

---

(٥٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٤٩: ٣٥٠.

(٥٥) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٦٩ ص٤٣٣.

(٥٦) نقض مدني ١١ من مايو/ آيار سنة ١٩٥٠، مجموعة المكتب الفني س١ رقم١٢٤ ص٤٩٤.

يشترط في الواقعة القانونية المراد إثباتها خمسة شروط وهي أن تكون محددة، ومتنازعاً فيها، ومتعلقة بالدعوى، ومنتجة فيها، وأخيراً، جائزاً إثباتها قانوناً، وذلك كله على النحو التالي:

الشرط الأول: واقعة محددة: يتعين عليه أن تكون الواقعة محل الإثبات محددة المعالم، فمن يطالب بمبلغ من المال يتعين عليه أن يحدد " مصدر إلتزام الخصم به " (عقد، أو فعل ضار أو إثراء بلا سبب إلخ)، وتاريخ قيامه.

وكما تكون الواقعة ايجابية كما تقدم، قد تكون سلبية، فمثلاً إذا نسب إلى شخص ما توقيع عقد في تاريخ محدد في مصر، فيمكن أن يثبت واقعة ايجابية منافية كأن يقدم جواز سفره المختوم بخاتم " مغادرة " من إدارة الجوازات في يوم سابق. فيثبت بذلك واقعة سلبية بواقعة ايجابية – وهو الأمر الغالب في هذا الشأن[٥٧] – منافية لها أو مضادة أو مقابلة[٥٨] أو معارضة لها عقلاً ومنطقاً.

الشرط الثاني: واقعة متنازع فيها: هذا الشرط تمليه البداهة، فلا مجال للإثبات إن لم تكن هناك منازعة في الواقعة، كأن ينازع (أ) في وجود العقد أو ينازع في ارتكاب للفعل الضار. على العكس إذا اقر الخصم بما يطالبه به خصمه، لم يكن هناك " نزاع "، لأن الإقرار " اعفاء من الإثبات "[٥٩]. شريطة أن يكون حاسماً على نحو يمحو كل فائدة من وراء الإثبات. فإذا اقر (أ) بالعقد القائم وتمسك بإن كان قد تراضى مع خصمه على " التقايل " أو " التفاسخ " بعد ابرامه مباشرة، كنا بصدد واقعة غير متنازع فيها وهي " العقد "، وواقعة متنازع فيها وهي " التقايل " أو " التفاسخ ".

---

(٥٧) فتحي عبد الرحيم، رقم ٣٧٢ ص ٤٣٤.

(٥٨) زكي ص٢٨٩.

(٥٩) محمد حسين منصور ص ٣٧.

الشرط الثالث: واقعة متعلقة بالدعوى: تكون الواقعة كذلك إذا كانت " متصلة اتصالاً وثيقاً " بموضوع الدعوى، وإلا " فلا فائدة من إثباتها "[٦٠]. فيثبت (أ) قيام عقد مقاولة بهدف المطالبة بـ " ثمن العقد "، أو قيام عقد قرض بغية الحكم له بـ " قيمة القرض ".

فإذا تعذر على الخصم إثبات ما يدعيه إثباتاً مباشراً، فليس أمام القاضي إلا ولوج طريق الإثبات غير المباشر، فيقدم بما يسمى بـ " تحويل الدليل "[٦١]، فيحول الدليل من دليل مباشر على الواقعة الاصلية إلى دليل غير مباشر على " واقعة بديلة "، بحيث تصبح الواقعة الاصلية – بعد إثبات الواقعة البديلة – قريبة الاحتمال. وبديهي أن هذا " التحويل " مناطه " تعلق " الواقعة " البديلة " بموضوع النزاع. وللتوضيح نضرب مثلاً بـ (أ) الذي يطالب (ب) بأجرة العين المؤجرة له، فإذا لم يكن لدى (ب) ايصالات سداد الأجرة عن الشهور المطالب بأجرتها، يصبح " الأقرب إلى الاحتمال " أن يكون قد سدد الأجرة السابقة حيث تقوم قرينة لصالحه بذلك باعتبار أن المؤجر (أ) لم يكن يتقاضى أجرة شهر لاحق، وهناك أجرة سابقة لم تسدد. كذلك الحال، إذا أثبت (أ) سوء نية (ب) في معرض تمسك (ب) بشراء بطاقة ذكية لاستقبال بث فضائي أو جهاز هاتف محمول/ نقال/ خلوي، بأن واقعة الشراء تمت في الطريق العام ممن لا يتجر في مثل هذه الأشياء.

ويستأثر قضاء الموضوع بسلطة تقدير ما إذا كانت الواقعة متعلقة بالحق المطالب به من عدمه، حيث يعد إثبات هذه الواقعة " مسألة موضوعية " لا تخضع لرقابة قضاء النقض[٦٢].

---

(٦٠) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٧٣ ص ٤٣٤ ومحمد حسين منصور ص ٣٣.

(٦١) يسمى Déplacement de Preuve .

(٦٢) السنهوري . ص ٦٢.

الشرط الرابع: واقعة منتجة: أي أن يتوافر فيها أحد عناصر الاقناع[٦٣] وهو اقناع تعمل المحكمة للوصول إليه" الاستنتاج والاستقراء وكافة الممتلكات العقلية مـــا دام استخلاصها سليماً لا يخرج عن الاقتضاء العقلي والمنطقي ".[٦٤]

وتوجد علاقة طردية بين كون الواقعة " منتجة " بالنزاع، وكونها " متعلقة " به، إلا أن العكس غير صحيح[٦٥]، فليس كل واقعة متعلقة بالنزاع " منتجة " فيــه. وللتوضيح نضرب مثلاً بـــ (أ) المستأجر الذي يرفع دعوى (ب) بمطالبته بالأجرة بأن سدد أجرة شهور سابقة على الشهور المتنازع فيها، فهذا الإثبات يـــرد علـــى واقعة " متعلقة " بالنزاع، وهو سداد أجرة في عقد ايجار بين طرفين، ولكنها " غير منتجة " حيث يرد على شهور " سابقة " علىالشهور محل المطالبة. على العكـــس، إذا كان الإثبات تم بإقامة الدليل على سداد شهور " لاحقة " علـــى الشـــهور محـــل المطالبة، فإنه يعد اثباتاً لـــ واقعة " منتجة " و " متعلقة بالنزاع "، لأن فـــي إثبـــات السداد اللاحق " قرينة " على السداد السابق حسبما تقدم.

وتقدير ما إذا كانت الواقعة "منتجة" في الدعوى من عدمه مرده إلى سلطة قاضي الموضوع التقديرية، دون رقابة من محكمة النقض[٦٦].

الشرط الخامس: واقعة جائزة الإثبات قانوناً؛ بمعنى أن لا تكـــون " مســـتحيلة "، استحالة مطلقة كاثبات أن القمر يكتمل في اليوم الأول من الشهر الهجري، أو حظر القانون إثباتها مراعاة لاعتبارات يقدرها كالتالي:

- اعتبارات النظام العام والآداب، كإثبات دين قمار أو علاقة غير مشروعة بـــين ذكر وأنثى من بني البشر خارج إطار عقد الزواج.

---

(٦٣) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٧٤ ص ٤٣٥.

(٦٤) نقض جنائي ١٢ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٢، طعن رقـــم ٤١٠٠ س ٦١ ق، مجموعـــة المكتب الفني س ٤٣ رقم١٤٩ ص ٩٥٧.

(٦٥) محمد حسين منصور ص ٣٤.

(٦٦) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٧٥ ص ٤٣٦.

- اعتبارات خاصة بأشخاص معينين، مثل المحافظة على سر المهنة أو الوظيفة، وقضى في هذا المعنى بأنه " يشترط في الواقعة محل الإثبات أن تكون جائزة القبول وليست مما يحرم القانون إثباتها تحقيقاً لأغراض مختلفة، وحظر الإثبات إذا كان منطوياً على إفشاء لأسرار المهنة أو الوظيفة، لا يتعلق بواقعة يحرم إثباتها، وإنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة، بمعنى أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة في حد ذاتها وإنما على دليلها ، بحيث تكون الواقعة التي يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول ولكن لا يجوز إثباتها بشهادته "(٦٧).
- اعتبارات فنية، مردها فلسفة المشرع التي تبناها، فلا يجوز إثبات عكس القرينة القاطعة على خطأ الحارس، في مسئولية حارس الأشياء، وعلى حجية الأمر المقضي لتعارض ذلك مع حجية الشئ المحكوم به، أو إثبات عكس الكتابة بغير الكتابة.

ويخضع قضاء الموضوع لرقابة محكمة النقض في شأن تقدير مدى "جواز إثبات الواقعة قانوناً"، باعتبار ذلك مسألة قانون.

فإذا توافرت في الواقعة كل هذه الشروط تعين على القاضي قبول إثباتها، وإلا وقع رفضه تحت طائلة المراجعة من قضاء النقض لما ينطوي عليه هذا الرفض من إخلال بحق الدفاع يستوجب النقض.

وبديهي أن الإثبات لا يرد على القانون، باعتبار أن القاضي مفترض فيه العلم بالقانون، وهذا العلم ليس مقصوراً على وجود التشريع ونفاذه بل أيضاً على تفسيره السليم. مع ذلك ترد ثلاثة استثناءات على القاعدة الأصولية القائلة بأن القانون للمحكمة والوقائع للخصوم ومحاميهم (L'avocat Passe aux Faits ... La Cour est la loi):

---

(٦٧) نقض مدني في ٢٨ من فبراير/ شباط سنة ١٩٧٩ (طعن رقم ٦٧٤ لسنة ٤٦ق)، مجموعة المكتب الفني، س ٣٠ رقم ١٢٢ ص ٦٤٧.

١- **العادة الاتفاقية**، إذا ما اتفق أطراف العقد صراحة أو ضمناً، على اتباع عادة معينة " اتفاقاً "، تعامل هذه العادة معاملة " الواقعة " فهي في حقيقته مجرد بند عقدي يتضمن حكماً ارتضاه الأطراف ليحكم علاقتهما في شأن معين. تطبيقاً لذلك قضى بأنه "متى كان الطاعن يدعي قيام العادة الاتفاقية بين الشركة وموظفيها على العمل في الخارج وفي غير أوقات العمل لديها فإن عليه هو، لا على الشركة إثبات وجودها وإثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصد الالتزام بها واتباعها[٦٨].

٢- **العرف**، وهو عادة اطرد الناس على اتباعها مع الشعور بالزامها، ومن ثم فهم والقانون سواء فيما يخص التطبيق، ومن ثم يخضع القاضي لرقابة النقض في تطبيقه السليم. ومن قبيل التيسير على القاضي، اعتبر القضاء العرف من حيث الوجود خاضع للإثبات باعتباره مسألة واقع " متى كان الطاعن يدعي قيام < الإدارة الاتفاقية > بين الشركة وموظفيها على العمل في الخارج وفي غير اوقات العمل لديها فإن عليه هو لا على الشركة إثبات وجودها واثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصد الالتزام بها واتباعها[٦٩].

٣- **القانون الأجنبي**، استقر قضاء النقض على اعتبار القانون الأجنبي من مسائل الواقع التي يتعين على الخصم إثباتها[٧٠]، نزولاً على صعوبة عملية تعترض القضاء في الاحاطة بالقانون الأجنبي نصاً وتفسيراً.

الفرع الثالث
عبء الإثبات

(٦٨) نقض مدني ٢٣ من مايو/ آيار سنة ١٩٦٣، مجموعة المكتب الفني، س ١٣ رقم٩٩ ص ٦٥٢.

(٦٩) نقض مدني ١٦ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨ رقم٢٠٩ ص١٢١٤ .

(٧٠) نقض مدني ١٩ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني س٢٨ رقم٥٨ ص٣٧٦، و١٨ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٧٢، مجموعة المكتب الفني، س٢٣ رقم٣١٨ ص ١٢٥٧، و ٣١ من مايو/ آيار سنة ١٩٨٤، طعن رقم ١٥٥٥س ٥٠ق، مجموعة المكتب الفني، س٣٠ رقم٢٩٢ ص١٥٢٢.

اتفق العامة والخاصة على استخدام عبارة " البينة – أي الدليل – على من ادعى " ، " أو على من أدعى أمر إثباته "، ومن ثم يقع عبء الإثبات على المدعى بواقعة ما، سواء أكان هو في حقيقة الأمر المدعى أم المدعى عليه[٧١]، باعتبار أن " صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثباته "[٧٢]، ولا يعفى منكر الدعوى من الإثبات إلا إذا كان إنكاره مجرداً فلا يجيب على الدعوى بغير الإنكار، فإذا اقرها في أحد عناصرها و أدعى من جانبه خلاف الظاهر، فعليه يقع عبء إثبات ما يخالفه[٧٣]، " .. باعتبار أنه يستحدث جديداً لا تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله "[٧٤]. ونعرض فيما يلي إلى القاعدة العامة والاستثناء عليها :

أولاً: القاعدة العامة: المدعى هو الملتزم بالإثبات:

تقدم أن المدعى، سواء أكان مدعياً أم مدعياً عليه، هو الملتزم بتحمل عبء الإثبات، فعليه إثبات ما يدعيه، مادام يخالف في ذلك الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً[٧٥].

ويحتاج الأمر إلى بيان التفرقة بين إثبات الحقوق الشخصية واثبات الحقوق العينية واثبات مراعاة الإجراءات:

١- إثبات الحقوق الشخصية: الأصل في الإنسان براءة الذمة:

---

(٧١) " المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن المدعى ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء أكان مدعى عليه أصلاً في الدعوى أو مدعياً فيها " (نقض مدني ١٢ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٩، طعن رقم ١٩٩٣ س ٥١ ق/ غير منشور.

(٧٢) نقض " أحوال شخصية "، ٨ من مارس/ آذار سنة ١٩٦٧، (طعن رقم ٤٤ س ٣٣ ق)، مجموعة المكتب الفني: س ١٨ رقم٩٣ ص ٥٨٩.

(٧٣) أنظر تطبيق خاص على الدفع بإعسار الشفيع من قبل المشتري، حيث يطالب الأخير بأن يقيم الدليل عليه: نقض مدني ١٠ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٢٠ رقم١٤١ ص٨٩٠.

(٧٤) نقض مدني ٢٠ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني س٣٠ رقم٦٤ ص٣٠٩.

(٧٥) محمد حسين منصور ص ٣٨.

الوضع الأصلي بالنسبة لأي إنسان هو براءة ذمته، والخروج على هذا الأصل أي بانشغال ذمته، هو الاستثناء أو الوضع العرضي. فإذا قام الدليل قانوناً على وجــود الإنسان في الوضع العرضي – أي انشغال ذمته بالمديونية – فعليه عــبء إثبــات العكس بإثبات انقضاء الدين وفاءً إرادياً أو بالمقاصة، أو قانوناً لتقادم ــ أي سقوط الدعوى الحامية للحق ــ بمضي المدة.

ويظل الإثبات متأرجحاً بين مدع ومدع عليه، وقد اقتضى العمل الاكتفــاء بإثبات المدعى أن دعواه " قريبة التصديق " لينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه لنفي هذا الادعاء[٧٦]، حتى يستقر عبء الإثبات على أحدهما فلا يجد ما يدفع بــه دعوى الخصم الآخر، فيظل في الوضع العرضي ليقضي عليه بما جــرى عليــه القانون أي بإلزامه بما طولب به[٧٧].

وليس الأمر مقصوراً دائماً على المديونية، بل قد يفرض المشرع وضــعاً معيناً، فيكون الوضع ثابتاً " فرضاً "، كافتراض كمال الأهلية لدى البالغ سن الرشد (٢١ سنة في مصر)، وجعل عبء الإثبات على من يدعى خــلاف هــذا الثابــت فرضاً، فيثبت حال البلوغ أن هذا البالغ مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو ذي غفلــة. كذلك الحال لدى افتراض سلامة الإرادة من العيوب، فعلى من يدعى توافر عيــب من العيوب الرضا (الغلط، والتدليس والإكراه والاستغلال)، وأيضاً لدى افتــراض حُسن النية، فعلى من يدعى خلاف حسن النية إثبات سوء النيــة[٧٨]. ففــي هــذه الأوضاع الثلاثة (كمال الأهلية ببلوغ سن الرشد، وســلامة الإرادة مــن العيــوب

---

(٧٦) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٨٧ ص٤٤٠ هامش رقم ٣ قارن محمد حسين منصور حيــث يؤكــد أن القضاء يكتفي بأن يكون الحق قريب الاحتمال (ص٥٣).

(٧٧) قضى بأن الخصمين " يتناوبان عبء الإثبات تبعاً لما يدعيه كل منهما، فينتقل من أحــدهما إلــى الآخر وهكذا حتى يعجز من وقع عليه عبء الإثبات أخيراً عن القيام به فيخسر الدعوى"، نقــض مدني ٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٤٧، مجموعة الربع قرن، جــ٥ ص٢٧٥ و١٨ من ديســمبر/ كانون أول سنة ١٩٥٢،مجموعة المكتب الفني، س٤ رقم٣٣ ص٢٠٧.

(٧٨) نقض مدني ٢٢ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٦٧، مجموعة المكتب الفنــي، س ١٨ رقــم٢٠١ ص ١٣٢٤.

وحُسن النية)، على من يدعى خلافها ــ أي هذه الأوضاع المفروضة " فرضاً " ــ إثبات ذلك.

٢- **إثبات الحقوق العينية:** الأصل احترام الظاهر: المدعى خلاف الظاهر هو من عليه عبء الإثبات في مجال الحقوق العينية وهي سلطات مباشرة لشخص على شيء بالملكية أو الانتفاع أو الحكر. فيكون الظاهر هو أن حائز الشيء هو مالكه والظاهر أن الملكية خالية من أي حق للغير. فإذا نجح من يدعى خلاف الظاهر إثبات أن حيازة من معه الظاهر للشيء ليست دليلاً على ملكيته له أو إثبات أن الملكية ليست خالية من أي حق للغير، فنكون بصدد وضع عرضي وهو أن الظاهر ليس هو الواجب الاحترام، فيقع على عاتق من وجد في هذا الوضع العرضي.

في هذا المعنى قضى بأن " متى كان المدعى قد طلب الحكم بصحة ونفاذ عقده وتسليمه العين المشتراة وكان دفاع المدعى عليه أن هذه العين قد اشتراها مورثه بعقد مسجل وأنه وضع يده عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية، وكان الخبير المنتدب في الدعوى قد انتهى في تقريره إلى أن العين تدخل في مستندات تمليك المدعى عليه، وكان الظاهر في هذه الحالة مؤيداً دعوى المدعى عليه ونافياً لدفاع المدعى، فإن الحكم إذ كلف المدعى للملكية بالإثبات لا يكون قد خالف القانون"(٧٩).

فإذا عجز المدعى عن الإثبات، فـ " .. حسب المحكمة إذا هي قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند في ذلك إلى عجزهم عن (الإثبات) ... "(٨٠).

٣- **إثبات مراعاة الإجراءات:** الأصل في الإجراءات أنها روعيت، فلا تثريب على المحكمة إن هي اعتبرت أن الإجراءات قد روعيت، مادامت قد خلت

(٧٩) نقض مدني ٢٩ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٥٤(طعن رقم ٥٧ لسنة ٢١ق)، مجموعة الربع قرن، ص٢٨.

(٨٠) نقض مدني ٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٥٢، مجموعة الربع قرن، جـ١ ص٢٨.

الأوراق من عكس ذلك[٨١]، وعلى من يدعي أنها خولفت إقامة الـــدليل علـــى مـــا يدعيه[٨٢].

ثانياً: الاستثناء: القرائن القانونية:

يعتبر المشرع في القرينة القانونية أن الواقعة الأصلية ثابتة " فرضاً "، وأن الثابت " فرضاً " كالثابت " أصلاً " و " ظاهراً "، لا حاجة إلى إقامة الدليل عليـــه، فـــلا يقع عـــبء الإثبات[٨٣] على من يحتمي بهذا الثبات " فرضاً " أو " أصلاً " أو " ظاهراً ".

ونفرق في هذا المقام بين قرينة قطعية وأخرى غير قطعية:

أ- **قرينة قانونية قطعيـــة**، أي لا مجال لإثبات عكسها مثل قرينة خطأ الحارس في حراسة الأشياء – فتنقل بذلك محل الإثبات إلى واقعة بديلة يسهل إثباتها ثـــم نمنـــع الخصم من إثبات عكسها[٨٤]. فإذا اثبت المضرور واقعة بديلة وهي " نسبة وقـــوع الضرر إلى الشيء حال كونه في حراسة المدعي عليه"، فيثبت " الخطأ " – وهـــو الواقعة الأصلية – بهذه الواقعة البديلة[٨٥].

ب- **قرينة قانونية غير قطعية (بسيطة)**، أي يجوز إثبات عكسها، والأمثلة علـــى هذه القرائن عديدة مثل اعتبار التصرف وصياً وليس بيعاً إذا احـــتفظ المتصـــرف لنفسه بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته[٨٦]، واعتبار الاتفاق على " شرط جزائي " قرينة قانونية على وقوع الضرر[٨٧]، واعتبار ســـداد

(٨١) نقض مدني ٤ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٩٣، مجموعة المكتب الفني، س٤٤ رقم ١٤٦ ص١٨.

(٨٢) نقض مدني، ٩من فبراير/ شباط سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني، س٢٥ رقم٥١ ص٣١٦.

(٨٣) محمد حسين منصور ص ٥١:٥٢.

(٨٤) محمد حسين منصور ص ٤٨.

(٨٥) في نفس المعنى محمد حسين منصور ص٤٨.

(٨٦) على العكس إن اشترى بداية حق الانتفاع له وحق الرقبة لغيره، فلا تقوم القرينة القانونيـــة: نقـــض مدني

(٨٧) نقض مدني ١١ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٨٣، مجموعة المكتب الفني، س٣٤ رقم٤٥ ص١١٦.

الأجرة اللاحقة قرينة على سداد الأجرة السابقة، وهذه كلها قرائن قانونية بسيطة قابلة لإثبات عكسها.

خلاصة القول أن مفاد إعمال القرينة القانونية القاطعة هو إعفاء من يتمسك بها من الإثبات إعفاءً نهائياً، أما القرينة القانونية غير القاطعة فيقتصر أثرها على نقل عبء الإثبات فحسب(٨٨).

ثالثاً: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام:

يقتصر البحث على قواعد الإثبات الموضوعية أي التي تحدد طرق الإثبات والأحوال التي يجوز فيها سلوك كل طريق، وعبء الإثبات(٨٩). وهذه القواعد جميعاً، على خلاف القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام لتعلقها بنظام التقاضي، لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم، يجوز الاتفاق على مخالفة حكمها، يستوي أن يكون هذا الاتفاق معاصراً لقيام العلاقة القانونية أو لاحقاً عليها، وسواء أكان صريحاً أم مستفاداً ضمناً من مسلك سلكه الخصم أثناء سير الدعوى، فيستفاد من تطوع الخصم في إثبات ما هو غير ملزم بعبئه في النزول عن قواعد الإثبات(٩٠). لذلك قضى بأن طلب الخصم من المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في الحكم الذي أجابه إلى طلبه(٩١).

---

(٨٨) في نفس المعنى فتحي عبد الرحيم ص ٤٤١.

(٨٩) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٨٤ ص٤٤٧.

(٩٠) نقض مدني ١٣ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٥ (طعن رقم ١١٨٦ س ٥٠ق)/ غير منشور.

(٩١) نقض مدني ٢٦ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٥٢، مجموعة المكتب الفني س٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣، و ٢٩ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، س١٧ رقم ٢٤٩ ص ١٧٣٥.

كذلك قضى بأن الدفع بعد جواز الإثبات بالبينة (شهادة الشهود)، هو نوع من الدفوع التي يجب إبداؤها قبل التكلم في الموضوع، وإلا اعتبر السكوت نزولاً عنه ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض(٩٢).

على أية حال فإن تحديد الخصم الذي يحمل بعبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض(٩٣).

وقد حرص المشرع في المسائل المدنية، على أن يجيز شهادة الشهود في إثبات وجود الحق أو انقضائه إذا زادت قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، كلما وجد اتفاق أو نص بذلك (مادة ٦٠ إثبات).

---

(٩٢) نقض مدني في ١٠ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٥١، المحاماة، س٣٣ رقم ٦٦٦ ص ١٥٤٢.

(٩٣) فتحي عبد الرحيم رقم ٣٧٨ ص٤٤٠.

الفصل الأول
الكتابة

نعرض فيما يلي لموضوعات ثلاثة هي على التوالي ماهية الكتابة (المبحث الأول)، حالات وجوب الكتابة (المبحث الثاني)، وأخيراً الاستثناءات الواردة على قاعدة الكتابة (المبحث الثالث) وذلك كله على التفصيل التالي:

المبحث الأول
ماهية الكتابة

ليس في القانون أو في اللغة ما يلزم بالاعتقاد في أن الكتابة[٩٤]، وهي رموز تعبر عن الفكر والقول[٩٥]، لا تكون إلا فوق الورق، فمن الجائز كما أوضحنا عاليه، الكتابة على الورق أو الخشب أو الحجر أو الرمال، بل أنها في لغة الأدب والشعر جائزة على الماء أيضاً [٩٦]. وقد أيد معجم جمعية هنري كابيتان الذي نشر تحت إشراف الأستاذ Gérard Cornu [٩٧] أن الكتابة يمكن أن تتخذ شكل مخطوطة يدوية أو أي شكل آخر. وتأكد هذا المعنى في مرجع Lamy في قانون المعلوماتية حيث أشار مؤلفوه إلى أن المشرع لم يشر إلى دعامة من نوعية معينة لدى حديثه عن الكتابة [٩٨].

(94) Le Petit Robert, op.cit.,p.603.
(95) Ibid.
(96) Ibid.
(97) 2e édition revue et augmentée, Édition PUF, 1990.p.298.
(98) M.M Michel Vivant, Christian Le Stanc, Lucien Rapp et Michel Guilbal, ouvrage publie sous la responsabilité de professeur Michel Vivant, [droit de l'informatique] Édition Lamy 2000, no. 2093.

ويمكن أن نضيف تأكيداً على ما سبق أن الكثير من الاتفاقيات الدولية يتبنى هذا الرأي، ونكتفي بذكر أمثلة ثلاث على ذلك بيانها ما يلي:

(أ) اتفاقية روما (عام ١٩٨٥) بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها حيث نصت المادة ٢/١١ على أن شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو اتفاق موقع عليه أو في تبادل خطابات أو برقيات.

(ب) اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع (عام ١٩٧٢) وتشير هذه الاتفاقية إلى أن مصطلح الكتابة ينصرف أيضاً إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس (مادة ٩).

(ج) اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا بشأن النقل الدولي للبضائع (عام ١٩٨١)، فتنص المادة ١٣ من هذه الاتفاقية إلى أنه فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضاً إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس.

وقد تأكد هذا المعنى على يد المشرع اللبناني الذي عرف الكتابة بأنها تسلسل أحرف أو أشكال أو أية رموز أو إشارات تشكل معنى قابلاً للقراءة، ذلك أيا تكن الركائز والوسائل المستخدمة كسند لها أو لنقلها (مادة ١٤٢ مكرر ١ بقانون أصول المحاكمات المدنية).

نخلص من ذلك إلى عدم وجود ارتباط بين فكرة الكتابة والورق. فلا يشترط أن تكون الكتابة على ورق موقع بالمفهوم التقليدي. وذلك على التفصيل المتقدم، وهو ما يفتح الباب أمام قبول كل الدعامات أياً كانت مادة صنعها – في الإثبات [٩٩].

---

(٩٩) الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي /إدارة التأليف والترجمة والنشر،سلسلة الكتب المتخصصة، الطبعة الأولى عام ١٩٩٥ ص ٢١٤.

كذلك التوقيع (Signature)، فــوسيلة التوقيــع هي الإمضاء اليــدوي أو بالختــم، أو ببصمة الإصبع [١٠٠]. ومن هذا التوقيع يستمد المحــرر، سواء أكــان عرفياً أم رسمياً، حجيتــه على طرفيه، وقد نص الكتاب السادس من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على مفهوم قريب من ذلك فجعل التوقيع يــتم بخــط أو توقيع أو بصمة (إذا كان يجهل التوقيع) الشخص المنسوب إليه (مادة ١٥٠) وكذلك فعل المشرع الكويتي.

مفاد هذا كله أن المشرع قد قنن ما كان معروفاً من طرق التوقيع عنــــد صـــدوره.

وعلى الرغم من أن التوقيع باليد هو أفضل طرق التوقيع في نظر العامــة والخاصة فإن هذا القول ليس صحيحاً على إطلاقه فقد أثبت العلم الحــديث وجــود طرق حديثة تفوق التوقيــع الخطى أمناً وأماناً من حيث الدلالة على الشخص.

ولا يشترط في التوقيع إلا أن يكون دالاً على صاحبه [١٠١]. فهــذا وحــده الذي يسمــح بعبور المحرر من مرحلة الإعداد إلى مرحلــة الإنجــاز. بعبــــارة أخرى إن المحرر الموقع وحده هو الذي يعد أصلاً في نظر القانون [١٠٢].

---

(١٠٠) وهذا يؤكده ما ورد في سورة القيامة بشأن البنان : " أيحسب الإنسان ألن نجمــع عظامــه، بلــى قادرين على أن نسوى بنانه " (الآيتان ٢ و٣). ونؤكد أن فرنسا التي كانت ترفض التوقيع بغيــر اليد اضطرت بعد عدة دراسات إلى أن تعترف مرة أخرى بحجية بصمة الإصبع بعــد أن كانــت تعتبر الأخذ به إمارة – الإمارات فأصدر رئيس الوزراء مرسومين الأول رقم ١٧٩ – ٨٧ فــي ١٩ من مارس/آذار عام ١٩٨٧ (J.O. 20 Mars 1987. 3175) والثاني رقم ٢٤٩ – ٨٧ في ٨ من أبريل/ نيسان عام ١٩٨٧ (J.O.9 Avril 1987.4046) وبمقتضى المرسوم الأول أصــبح إلزامياً الحصول على بصمة إصبع طالب بطاقة تحقيق الشخصية على ألا تستعمل هذه البصمة إلا عند البحث والتحري بغرض كشف محاولات استصدار بطاقات مزورة أو اســتخدامها، وكــذلك إثبات هوية الشخص أثناء سير الإجراءات القضائية، أما الثاني فيتعلق ببرمجــة صــحف الحالــة الجنائية وبصمات المتهمين إلكترونياً بغرض تسهيل عملية الكشف عن مرتكبي الجرائم.

(101) Le Petit Robert, op.cit.,.,p. 814.

ولا يـوجد في واقع الأمر، بوجـه عام، تعريفاً قانونيـاً للتوقيـع [١٠٣] – الذي يعتبر حجر الزاوية في نظام الإثبات [١٠٤] – وهو مـا عبـر عنـه الأسـتاذ Larrieu بقوله بأن الالتزام بالتوقيع بخـط اليد لا يفرضه القانون، إلا في حالات خاصة، ولكنه يعتبر بمثابة قاعدة عرفية أو قضائية [١٠٥].

ويتأكـد هذا المعنى بالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي[١٠٦]. حيث يقبـل القضاء التوقيع باسم مستعار[١٠٧]. أو بلقب ديني[١٠٨] أو بالاسم الأول دون اللقـب العائلي[١٠٩] أو بالحروف الأولى من الاسم[١١٠] أو بما يدل على صلة القرابة[١١١] أو المصاهرة أو النسب[١١٢] أو حتى بمجرد التأشير[١١٣].

---

(102) J.Larrieu, Identification et Authentification dans une société sans papier?, op.cit., p.217.

(103) Vivant, Le Stanc, Rapp et Guilbal, Lamy: Droit de l'informatique, op.cit.,No.2093. et Larrieu, Identification et Authentification in Une société sans papier ? , op.cit., p.212.

(104) J.Larrieu, Identification et Authentification, Ibid.,p.211.

(105) Ibid,p.212.

(106) M.Jean-pierre Scrando, Thème et variations sur la signature, Les Petites Affiches, 8 Mars 1991, No33 et s; p.11 et s.

(١٠٧) بشأن توقيع على عقد الزواج :

Cass.Req.20 Oct. 1908. D.P. 1910. 1. 291.

(108) Cass.Req.23 Mars. 1824. 5. 1828. 1. 245.

(109) Cass.civ. 24 Juin 1952. GAZ. PAL.1952 . 2 . 162

(١١٠) بشأن وصية خطية موقعة بالاسم الأول :

C.A.Paris, 22 Mai 1975, D. 1975. som. 8.

(111) Cass.civ. 2 Mai 1935.S. 1935. 1. 192 [A propos d'une carte postal signée: Tante Céline].

(١١٢) أنظر بشأن قبول كل صور التوقيع الودية الطابع :

Scarno, Thème et variations sur la signature, op.cit., p.212

(١١٣) يقصد بذلك ما يضعه بعض الأفراد من علامات مصاحبة لتوقيعهم بالقلم :

C.A. Aix, 27 janv. 1846, D.P. 1846. 2 . 230 et cass. civ. 1re ch. 21 Juillet 1980. Bull. Civ .1. 233 et Scarno, Thème et variations sur la signature op., cit, no. 36 et s. p. 13 et s.

كذلك الحال[١١٤] بشأن استخـدام علامة غيـر مقـروءة ما دامت تقطـع بنسبتها إلى شخص معين[١١٥].

ويعتبـر المشرع الفرنسي الخاتـم المعروف بـ (Griffe) [١١٦] – وهـو وسيلة ميكانيكية [١١٧] – تـوقيعاً (مـادة ٨/١١٠ من تقنـين التجـارة المعـدل بالقانون رقـم ٣٨٠ – ٦٦ الصـادر في ١٦ مـن يونيـو/ حزيـران ١٩٦٦) [١١٨]. أمـا فيما يخـص الختـم (Sceau) الـذي يعتبره المشـرع المصـري [١١٩] واليابانـي[١٢٠] والإنجليـزي[١٢١] توقيعاً فقـد حرمـه المرسوم الفرنسـي

---

(١١٤) بشأن توقيع محضر ثابت في نهاية ورقة قضائية :

Cass. Civ. 7 Fév. 1906. D.P. 1906. 5. 4.

(١١٥) يرفض القضاء الفرنسي استعمال بصمات الأصابع والتصدير المطبوع للخطاب:

(Cass. Civ. 15 Mai 1934. D.P 1934. I. 113),

[Larrieu, Identification et Authentification in Une société sans papier ? , op.cit., pp. 211 et 212] ou la carte de visité (Cass. Civ. 27 Janv. 1971, Bull. civ. 1. 34).

(116) Loi relative à l'emploi de procédés non manuscrits pour apposer certaines signatures sur les effets de commerce et les chèques [J..17 Juin 1966. J.C.P.1966. III. 32058. Selon l'article premier de cette loi le 8 de l'article 110 du code de Commerce est ainsi complété : Cette signature et apposée, soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit.

(117) Vivant, Le Stanc, Rapp et Guilbal, Lamy: Droit de l'informatique, op.cit.,no.2093.

(118) Article 10/2 et 14/1 de la loi no.25 de 1968 [J.O no.22 du 30 Mai 1980].

(١١٩) المادة ٦٩٤ من القانون المدني و١٤ إثبات والمادتان ١٠٥ و١٣٤ من القانون التجاري. وأنظر في شرح ذلك كله : الأستاذ/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المـدني جـ٥، أصـول الإثبات وإجراءاته المجلد الأول، القاهرة سنة ١٩٩١، رقـم ٦٦ ص ٢٣٨ والأستاذ الدكتور/ علي جمال الدين عوض، القانون التجاري (العقود التجارية والأوراق التجارية وعمليات البنـوك) دار النهضة العربية ١٩٨٩ رقم ٢٨٤ ص ٢٨٦ والأستاذة الـدكتورة / سـميحة القليـوبى، القـانون التجاري جـ٢، دار النهضة العربية عام ١٩٩٢، ص ٤٤.

(١٢٠) يملك كل ياباني خاتمان : الأول صغير يمثل ،بوجه عام، اسم الشخص مكتوباً بوضـوح ويمكـن عمل مثل هذا الخاتم في كل مكان ويستعمل في تصريف كل بالحيـاة الدارجـة مـن تصـرفات وتعاقدات وهو كذلك المستخدم في المنشآت الخاصة والإدارات العامة. والثاني كبيـر يمثـل فـي الغالب شكلاً معيناً يختار بعناية مثل رموز قديمة أو رسوم أو غير ذلك ويلزم تسجيل الخاتم فـي

الصادر في سنة ١٦٦٧ ثم تبعـــه في ذلك القضاء[١٢٢] بحجة أنه لا يسمح بالتعيين الدقيق، النافي للجهالة، لشخص الموقع[١٢٣].

ونستطيـــع أن نقرر بوجه عـــام أن كل وسيلـــة تقوم بـــوظيفتي التوقيـــع وهما تعييـــن صاحبها[١٢٤] (Identification) وانصراف إرادته نهائياً إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه (Authentification) تعد بمثابة توقيع. ويقتضي الأمر في هذا المقام تحديد الوسائل المسماة بـــ الحديثة التي تستوفى هاتين الوظيفتين[١٢٥].

ومع ذلك فمثل هذه المشكلة في رأينا لا تدخل في نطاق القانون بـــل فـــي مجال التقنية فليس بوسع رجل القانون المنصف أن يحرم أية وسيلة مضمونة مـــن الوجهة التقنية من الحجية القانونية ولا يلزم لذلك إجراء أي تعديل تشريعي، فكمـــا يقول Larrieu لا توجد أية عقبة قانونية تعترض تشبيه التوقيع الإلكتروني بالتوقيع العادي [١٢٦] ويضيف سيادته بعد أن أشار إلى اعتبار المحرر المعلوماتي – إذا ما

سجل خاص وتمنح بمقتضاه شهادة تسجيل هذا الخاتم في سجل خاص وتمـــنح بمقتضـــاه شـــهادة تسجيل. ويقتصر استخدام هذا الخاتم الكبير على المسائل المهمة (فتح حســـاب مصـــرفي والبيـــع والشراء وغير ذلك ونؤكد أن اليابان تعترف بالخاتم المعلوماتي :

Françoise Gallouedec - Genuys, Le système de preuve au Japan, op.cit, p.24.

(١٢١) هذا هو ما قضي به في دعوى Goodman V.J. Eloanltd حيث قضى باعتبار الخاتم المطاطي توقيعاً (1954. I.Q.B. 550)، أنظر في بيان ذلك :

Electronic Commerce, op. cit. 82 No. 3-62.

(122) Cass. Req. 8 Juillet 1903, D.P. 1903. 1507 et cass. Civ. 1re ch. 15 Juillet 1957, Bull. Civ. 1. 263 no.331.

(123) Scarno, Thème et variations sur la signature, op.cit.,no.31. p.12.

(١٢٤) نشير إلى أن المشرع الفرنسي عام ١٩٦٦ أجاز استخدام الخاتم المعروف بالـــ (Griffe) فـــي حدود معينة رغم أنه لا يدل دلالة قاطعة على هوية مستخدمه :

Vivant, Le Stanc, Rapp et Guilbal, Lamy: Droit de l'informatique, op.cit., no.2093 p.1273.

(125) D. Syx, Vers de nouvelles formes de signature ? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques, DIT1986/3 p.144.

(126) Identification et Authentification in Une société sans papier?, op.cit.,p.221 et note no.140.

استوفى شروط معينة – محرراً مكتوباً وموقعاً أنه ليس في ذلك ما يثير الدهشة في ظل النصوص القانونية والأحكام القضائية المعاصرة (١٢٧).

وهذا هو الرأي الذي انتهى إليه القضاء الإنجليزي في حكم حديث صـــدر عام ١٩٩٥ في دعوى Re a Debtor (١٢٨) حيث اعتبر التوقيع على ورقة مرسلة بالفـــاكس توقيعاً لعدم وجـــود ما يبرر التمسك بوضع التوقيـــع على ورق، بل أن " الليدي " " **J** " أكدت إلى اعتبار التوقيع الإلكتروني على فاكس توقيعاً في مفهـــوم قانون الإثبات(١٢٩). وقد سار القضاء الأمريكي على الدرب فاعتبر توقيعـــاً كـــذلك التوقيع بالآلة الكاتبة على ورق الجهة المرسلة والمرسل بالفاكس، فإذا انتهينا إلـــى ذلك أمكننا أن نفرق بين مسألتين وهما :

الأولى : عدم وجود ما يلزم باتباع شكل معين في كتابة المحرر، فلا تمنح الكتابة أو مادة الكتابة للمحرر قوته في الإثبات في مواجهة طرفيه أو في مواجهـــة الغير لأن مناط ذلك هو التوقيع. ولا ينال من ذلك تطلب قانون الإثبـــات أن يـــتم إفراغ المحرر الرسمي وفقاً للأوضاع التي قررها القانون وهي الأوضـــاع التـــي نظمتها اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق المصري الصادر في ٣ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٤٧ لأن ما تطلبته هذه اللائحة يمكن الالتزام به عند استخدام الأجهزة الحديثة مثل الحاسبات الإلكترونية، ومن المعروف أن هذه اللائحة تتطلب أن يشتمل المحرر عدا البيانات الخاصة بموضوعه على ما يأتي : ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق بالأحرف، اسم الموثق ولقبه ووظيفته، وبيان مـــا إذا كان التوثيق قد تم بالمكتب أو في مكان آخر، وأسماء آبـــائهم وأجـــدادهم لآبـــائهم وجنسيتهم وديانتهم وصناعتهم ومحال ميلادهم وإقامتهم وأســـماء وكلائهـــم ومـــن

---

(127) Ibid.

(128) No. 2021 of 1995, [1996] 2 All. E. R. 345 at 351. Chissick and Kelman, Electronic Commerce, op.cit.,83 No.3-62

(١٢٩) أنظر في تفصيل ذلك :

Chissick and Kelman, Electronic Commerce, op.cit.,83 No.3-62 Note No. 10.

تقضي الحال بوجودهم للمعاونة، وذكر المرفقات الواجب حفظها مع المحرر في هامشه، وإذا كان أحد أصحاب الشأن في المحرر أمياً ولا يملك ختماً فيمكن اعتبار بصمته كتوقيع له. ومما يؤكد ما قلناه بشأن عدم تطلب القانون لشكل معين في الكتابة ما أوردته اللائحة من جواز قبول توثيق المحررات المطبوعة أو المكتوبة على الآلة الكاتبة المعدة للتسليم لأصحاب الشأن أو للحفظ بدار محفوظات الشهر أما صورها المعدة للشهر فيجب أن تكون بالمداد الأسود.

الثانية : عدم وجود ما يلزم بالتمسك بالمفهوم التقليدي للتوقيع، فإذا كان المشرع يقبل التوقيع بالختم أو بالبصمة، فنتساءل أليس ذلك معناه أن المشرع لا يتمسك بالتوقيع الخطي لأن الخاتم منفصل عن صاحبه ويمكن التحصل عليه بسهولة، والبصمة يمكن وضعها على محرر من إبهام خاتم أو مغشى عليه ؟ ونتساءل عن مدى الأمان الذي يتمتع به الأطراف إذا توصل شخص إلى ختم وتمكن من وضع مادة بلاستيكية على إصبعه – كما سبق القول – بها ملامح بصمة الشخص المعني ووضع البصمة إلى جوار الختم احتراماً لقواعد التوثيق فهل هذا الأمر الذي يقبله العلم الآن يتفق مع العدالة الواجب السعي إليها ؟ وليس أدل على صحة ما نقول ما أوردته اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق المصري الصادر في ٣ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٤٧ من أنه في حالة توقيع صاحب الشأن بختمه يراعى التوقيع منه ببصمة إبهامه، كما يراعى ذلك بالنسبة لتوقيع الشهود. فما يطلبه المشرع من ضمانات كانت مقبولة عام ١٩٤٧ أصبح الآن مجالاً خصباً للتحايل والغش. وهذا يقودنا إلى نتيجة حتمية ذات شقين وهما :

الأول: أن التوقيع الخطي لم يعد مقبولاً في عصر تستخدم فيه أجهزة التلكس والفاكسميل والتوابع الصناعية في نقل المستندات وإصدار التعليمات بالبيع والشراء في جزء من الثانية.

الثاني: أن التوقيع بالختم وبصمة الإبهام أصبحا غير متفقين مع تطور العصر الحديث وتقدم وسائل التزوير.

وبالرجوع للمشروع اللبناني الجديد المعدل لقانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالإثبات نجد أنه يعتبر السند الإلكتروني مقبولاً في الإثبات بالمقدار نفسه لقبول الكتابة القائمة على سند ورقي مادام مستوفياً لشرطين وهما " إمكان تحديد هوية الشخص الذي أصدره، وأن يكون السند قد نُظم وحُفظ وفق شروط من شأنها أن تضمن صحة محتواه ومصداقيته " (مادة ١٤٢ مكرر ٢/ مستحدثة)، ويتبنى المشرع اللبناني بذلك مفهوماً واسعاً للتوقيع بالتركيز على وظيفته وليس على شكله، فاعتبر أن التوقيع أياً كان شكله يجب أن يخدم في التعريف بهوية صاحبه وأن يعبر عن تأييده لمحتوي السند أو العمل الذي يقترن به (مادة ١٤٢ مكرر ٤ مستحدثة)، ونلاحظ في هذا الشأن حرص القانون اللبناني الحالي (مادة ٣٦٤ من قانون أصول المحاكمات اللبناني) على عدم قبول التوقيع بـ " طابع الإصبع " إلا ممن لا يعرف أن يوقع بإمضائه.

المبحث الثاني
حالات وجوب الكتابة

قد يشترط المشرع الكتابة وجوباً في إثبات أنزعة بقيمة مالية محددة أو بقيمة غير محددة. كما يشترطها وجوباً في إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها، وفي النهاية يورد المشرع في حالات بعينها أجاز فيها الخروج على قاعدة الكتابة.

ونتعرض في هذا المقام لإثبات ما تجاوز قيمة مبلغ محدد وما هو غير محدد القيمة (المطلب الأول)، وإثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها (المطلب الثاني).

المطلب الأول
إثبات ما تجاوز قيمة مبلغ محدد
وما هو غير محدد القيمة

" في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو إذا كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " (مادة ٦٠ إثبات).

المطلب الثاني
إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها

أوجب المشرع ألا يثبت ما يخالف الكتابة أو يجاوزها، بالكتابة وحدها، بغض النظر عن النصاب القانوني للكتابة، ونعرض فيما يلي لشروط إعمال هذه القاعدة ثم نفرض إثبات الصورية.

أولاً: شروط القاعدة: ثلاثة:

هذه الشروط مفادها أن " مناط اعتبار الدليل الكامل ذا حجية مطلقة – أي مانعة أصلاً من إثبات ما يخالفه ويجاوزه بغير الكتابة – هو أن يكون قد تم تسليمه برضاء من أصدره إلى المستفيد، أما إذا كان المحرر في حوزة من أصدره أو انتقل بغير رضاه إلى المتمسك به فإنه يظل في حكم الورقة المنزلية "[١٣٠].

* **الشرط الأول:** أن تكون بصدد دليل كتابي كامل، أي دليل موقع، سواء أكان رسمياً أم عرضياً. فإذا كان الدليل غير كامل، كدفتر منزلي أو تأشير على سند للدين باستيفائه براءة ذمة المدين، فلا تنطبق القاعدة.

---

(١٣٠) نقض مدني ٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٦، مجموعة المكتب الفني، س٣٧ رقم٦٦ ص ٣٠٢.

* **الشرط الثاني:** أن يكون الدليل الكتابي مثبتاً لتصرف قانوني مدني، يستوي في ذلك أن يكون الإثبات الكتابي في حدود نصاب الكتابة من عدمه. وبديهي أن الإثبات بالكتابة غير متطلب في الوسائل التجارية، ومن ثم كان منطقياً لإعمال القاعدة أن يرد الإثبات على تصرف قانوني مدني.

* **الشرط الثالث:** أن يكون المقصود إثباته يخالف أو يجاوز الثابت كتابة، فرضان:

الفرض الأول: إثبات ما يخالف الكتابة: فالمقصود هو " تكذيب المكتوب"[١٣١]، فنكون بصدد صورية جائز إثبات عكسها بـ "ورقة الضد ".

الفرض الثاني: إثبات ما يجاوز الكتابة: فالمقصود هو إضافة أو تعديل لما هو مكتوب.

وينصب الإثبات في هذا المقام على تاريخ الورقة أو وصف الالتزام الثابت به (بإضافة الالتزام إلى أجل أو إقرانه بشرط)، مع مراعاة الالتزام بالقواعد التي نص عليها القانون في شأن إثبات عكس ما ورد في المحرر الرسمي عن طريق الادعاء بالتزوير.

ولا محل لتطبيق هذه القاعدة إذا كان الإثبات يرد على تاريخ غير موجود أصلاً، حيث يتم الإثبات بكل طرق الإثبات لعدم وجود كتابة مخالفة أصلاً[١٣٢].

كذلك الحال لإثبات انقضاء الالتزام حيث لا يرد الإثبات على ما يخالف الكتابة أو يجاوزها، مع مراعاة جواز إثبات عكس الانقضاء بكل طرق الإثبات إذا كان الثابت كتابة لا يتعدى نصاب البينة.

---

(١٣١) أنور سلطان رقم ٨٥ ص ٩٧.

(١٣٢) سلطان رقم ٨٥ ص ٩٨.

فضلاً عن ذلك لا محل للأخذ في شأن إثبات عيب من عيـوب الرضـا، باعتباره مجرد واقعة مادية، أو في شأن التفسير لأن المقصود هو جلاء ما غمض من أحكام العقد(١٣٣).

ثانياً: إثبات الصورية:

يجوز إثبات الصورية طبقاً ما أورده القانون من أحكام يجوز فيها الخروج على قاعدة الكتابة، وهي وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجود مانع مـادي أو أدبـي يحول دون الحصول على سند كتابي (ورقة ضد) أو فقد السند الكتابي، فيجوز في كل هذه الحالات اللجوء إلى البينة أو القرائن لإثبات ما هو واجب إثباته بالكتابة.

وإذا كانت هذه القاعدة مبررة كلما كانت الصورية موجهة إلـى الالتفـاف حول القانون، بالتحايل على أحكامه، فيجوز إثبات أن الدين هو دين قمار أو عقـد قرض بفائدة ربوية فاحشة أو هبة بباعث غير مشروع، في كل هذه الحالات وجـه التحايل إلى مصلحة أحد المتعاقدين وكان المبرر هو وجود مانع من الحصول على ورقة ضد(١٣٤).

على العكس، فإثبات التحايل على القانون إضراراً بـالغير دون المسـاس بمصلحة المتعاقدين، كما لا ضرار من مصلحة الشهر العقاري فلا تتقاضى الرسوم الصحيحة المقررة على التصرف عند توثيقه، فلا مجال لإثبات مـا هـو مخـالف بالثابت كتابة إلا بالكتابة.

---

(١٣٣) سلطان رقم ٨٥ ص ٩٨ والصدة رقم ١٨١.

(١٣٤) سلطان رقم ٨٦ ص ٩٩.

وينطبق على الخلف العام ما ينطبق على مورثه ما لم يمكن المقصود من الصورية الإضرار بمصلحته كـ "وارث"، بإفراغ وصية في صورة بيع، فيكون للوارث – وهو الخلف العام – إثبات عكس الثابت كتابة بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن.

وبديهي أن تنطبق هذه القاعدة، وهي جواز الإثبات بكل طرق الإثبات على الغير باعتباره لم يكن طرفاً في التصرف القانوني المطعون فيه بالصورية.

المبحث الثالث
الاستثناءات الواردة على قاعدة الكتابة

ندرس فيما يلي هذه الحالات الخمسة حتى نحدد الإطار الذي لا يتطلب فيه المشرع الكتابة – بمعناها التقليدي – في الإثبات.

المطلب الأول
وجود اتفاق بين الأطـراف

يتفق الفقه – في مجموعه [١٣٥] – على جواز اتفاق الأطراف المعنية على الخروج عـن القواعد الموضوعية للإثبات، دون القواعد الإجرائية، لعدم تعلقها

(١٣٥) مرقس رقم ٣٧٥ و٣٧٦ ص ٤٤٦ و ٤٥١، ونشأت رقم ٩٢ ص ١٦٥ وما بعدها، والصدة رقم ١٦ ص ٢٠، وفرج رقم ٥٩ ص ٩٩، وزكي رقم ٦٨٠ ص ١٠٩٥، وهرجة ص ١٨، والدناصوري وعكاز ص ٤ و ص ٢٣٣، ويحيى رقم ١٧ ص ٢٧ و٢٨.
ومع ذلك يذهب فريق من الفقهاء إلى أن قواعد الإثبات الموضوعية ليست كلها غير متعلقة بالنظام العام فيفرقون بين طائفتين منها الأولى تتعلق بالنظام العام وهي القواعد المتعلقة بالضمانات

بالنظام العام. تطبيقاً لهذا، فإن منح الأطراف للدعامات المستحدثة في الكتابة حجية الأصل هو أمر جائز ومشروع ولا غبار عليه.

مع ذلك، فإن هناك خلافاً يتعلق بتحديد توقيت إبرام هذه الاتفاقيات ليعتد بها قانوناً، فنميز بين اتجاهين فقهيين : أولهما ضيق وثانيهما واسع.

١- **الاتجاه الضيق**(١٣٦): عدم جواز اتفاق الأطراف على الخروج عن القواعد الموضوعية للإثبات إلا عقب وقوع النزاع وليس قبله. وعلى هذا، تقع

الأساسية لحق الدفاع والقواعد المتعلقة بسلطة التقاضي في الإثبات والقواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية لحق الدفاع والقواعد التي تتضمن قيوداً على حرية الإثبات، أما الثانية فهي لا تتعلق بالنظام العام – ويجوز، من ثمة،= =الاتفاق على عكسها مقدماً – وهي القواعد التي تتضمن قيوداً على حرية الإثبات ولا تقرر ضمانات أساسية لحق الدفاع كما لا تتصل بسلطة القاضي في الإثبات مثل القواعد التي تحدد عبء الإثبات أو تجيز الإثبات بشهادة الشهود في المسائل التجارية أو عندما تكون قيمة التصرف المدني تزيد على هذا المبلغ (العدوي ص ٣٤ وما بعدها وأبو السعود ص٤٧: ٤٨) وهذا أيضاً ما يقول به السنهوري، المرجع السابق رقم ٥٩ ص ١٢٩ حيث يشير إلى أن غالبية القواعد الموضوعية تتعلق بالنظام العام :

من الفقه البلجيكي : (Malengreau, op.cit, p.117)

ومن الفقه الفرنسي :

Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, Traité de droit civil (Tome 1) introduction générale, 2e édition 1983 no.567 p. 47, Mazeaud, Lécons, op.cit., no.387 p.445. Capitant, op. cit., p. 374, Bernard Amory et Yves Poullet, Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique, op. cit., p. 346, Hérvé Croze, informatique, preuve et sécurité. D.S. 1987, Chronique XXXI, no. 20 p.169, Françoise Chamoux, 3491 no 16 p. 139, Encyclopédie Dalloz, op.cit., no. 46 et s. p. 8 et s.

استقر على ذلك الفقه البلجيكي منذ صدور الحكمين الشهيرين المؤرخين في ١٤ من ديسمبر/كانون أول سنة ١٩٢٢ و ٥ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٥٠:

Malengereau, op., cit., p. 117 note no.25.

وقد حكم القضاء الفرنسي بذلك أيضاً ، أنظر تطبيقاً حديثاً نسبياً:

Cass. Civ. 7 Janv. 1982, Bull. Cass. 1982. 111. 4.

(١٣٦) مرقس رقم ٣٧٥ و٣٧٦ ص ٤٤٦ و ٤٥١، ونشأت رقم ٩٢ ص ١٦٥ حيث يشير الأخير صراحة إلى أن هذه التفرقة كان معمولاً بها لدى القضاء قبل صدور القانون الحالي الذي لم يثبت أن المشرع قد أراد الخروج عن قواعده.

الاتفاقات المسبقة على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات باطلة بطلانـــاً مطلقــاً متعلقاً بالنظام العام.

٢- **الاتجاه الواسع**(١٣٧): جواز اتفاق الأطراف على الخروج عن القواعــد الموضوعية للإثبات في أي وقت. مفاد ذلك أن للأطراف مطلق الحرية في الاتفاق على مخالفة هذه القواعد سواء أكان هذا الاتفاق سابقاً أم لاحقاً لوقوع النزاع(١٣٨).

ويؤيد ذلك قضاء محكمة النقض المصرية من اعتبار الدفع بعــدم جــواز الإثبات بالبينة من الدفوع التي يجب إبداؤها قبل التكلم فــي موضـــوع الــدعوى، فيستفاد نزول الخصم عنه من عدم تمسكه به قبل سماع شهادة الشهود (١٣٩).

---

(١٣٧) وهذا هو الرأي الذي يقول به باقي الفقهاء الذين يقولون بعدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العــام : أنظر ص ٣٦ هامش رقم ١.

(١٣٨) وقد انتصرت الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصر ي الحالي لهذا الرأي (المجلــد الثالــث، ص ٣٩٨:٣٣٩) كما ذهب إلى ذلك أيضاً قضاء النقض المصري، أنظر على سبيل المثال : نقض مدني : ٨ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٥٣، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً (إعداد المستشارين : محمد إبراهيم خليل، وعبد المنصف هاشم، وأحمد شلبي، وجرجس اسحق عبد السيد، ومحمود نبيل البناوى، ومحمد نبيل رياض ومحمد عبد الحميــد سند) عام ١٩٨٥ جــ١ رقم ٢٠٩ ص ٢٠١: ٢٠٢ و٢٦ من نوفمبر/تشرين ثان سنة ١٩٥٣، نفس المجموعة، رقم ٢٠٧ ص ٢٠١ و٢٩ من نوفمبر/تشرين ثان سنة ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، س ١٧ رقم ٢٤٩ ص ١٧٣٥، و٢٥ من مايو/آيار سنة ١٩٦٧، مجموعة المكتب الفني، س ١٨، رقم ١٦٨ ص ١١٣٥، و٩ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني، س ٢٦ رقــم ٢٤٩ ص ١٣٠٧ و٢٨ من ديسمبر/كانون أول سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفنـــي س ٢٦ ص ١٧١٤، و٢٩ من ديسمبر/كانون أول سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني، س٣٠ رقــم٣٩٨ ص ٣٢٤، و١٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني س ٢٩ ص ٤٩٧، و٢٦ مــن يناير/كانون ثان سنة ١٩٨١ مجموعة القواعد القانونية عام ١٩٨٥ (سابق الإشارة إليها) رقم ٢٠٠ ص ٢٠٠، و١٥ من فبراير/شباط سنـــة ١٩٨٢، مجموعة المكتب الفني، س ٣٣ ص ٢٣٤، و٤ من مارس/آذار سنة ١٩٨٢، مجموعة القواعد القانونية عام ١٩٨٥ (سابق الإشارة إليها) رقـــم ٢١٥ ص ٢٠٤.

(١٣٩) نقض مدني ٤ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٦/ غير منشور.

ومحور الخلاف بين الرأيين هو حرص أصحاب الاتجاه الأول على نفي شبهة الاستغلال للطرف الآخر فلا يرون الاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات جائزاً إلا إذا كان لاحقاً للنزاع، في حين يرى أصحاب الاتجاه الثاني عدم وجود مبرر للتفرقة بين حالتي الاتفاق السابق على وقوع النزاع والاتفاق اللاحق مادامت إرادة الأفراد انصرفت إلى النزول عن الاستفادة من كل، أو بعض، القواعد الموضوعية للإثبات.

ونحن ننضم إلى أصحاب الرأي الأخير احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، ونعتقد في أن الأخذ بتفسير ضيق لهذه الاتفاقات يعد كافياً في هذا الشأن. فمعنى القول بخطورة هذه الاتفاقات وأنها غالباً ما تأتى نتيجة غش أو خطأ أن يترك للقاضي تفسير العبارات التي صاغها الأطراف للنزول عن القواعد الموضوعية للإثبات تفسيراً ضيقاً [١٤٠].

وهذا الأسلوب الاتفاقي هو، كما يقول البعض [١٤١]، الأسلوب الأمثل الذي يسمح بمنح حجية قانونية لسائر الوسائل المستحدثة لكتابة ونسخ وحفظ المحررات [١٤٢].

---

(140) Malengreau, op.cit, p.118

(141) Malengreau, ibid. .

أنظر تأييد ذلك بمناسبة بحث حجية الدليل الناتج عن استخدام أسلوب المعالجة الإلكترونية للبيانات والمعلومات :

وكذلك : Croze, op.cit., no. 13 p. 168

Claude Lucas de Leyssac, Les conventions sur la preuve informatique et Droit de la Preuve, ouvrage précité, p. 154.

(١٤٢) أنظر في التأكيد على مشروعية الاتفاق على حجية المصغرات الفيلمية ولو كانت غير مطابقة للمواصفات : ما لم يوجد مبرر قانوني لهذا الاتفاق : تقرير اليونسكو عام ١٩٧٥ (سابق الإشارة إليه) ص ٣٩ كذلك أنظر في حجية الصور واعتبارها أصولاً مادام الخصم لم ينكرها :

Cass-civ. 1re ch. 21 Av. 1959, 521 note ph. Malaurie : S. 1960. 34 note J. Prevault: Bull. Civ. 1re ch. 30 Av. 1969. J.C.P. 1969. 11 . 16057 note M.A.

ونؤكد في هذا الشأن مشروعية الاتفاقات العامة المسماة بالـ - Accords Cadre على الإثبات. ويقصد بتلك الأخيرة الاتفاقات غير الموقعة التي يرتضى الأفراد في تعاقداتهم الموقعة الخضوع لأحكامها باعتبار أن توقيعهم على العقد يعد بمثابة توقيع على هذه الاتفاقات. ويتضح المعنى المقصود إذا ضربنا مثلاً بمن يرتضي التعامل مع أحد بنوك المعلومات وتظهر على شاشة الحاسب - عند جلوسه أمامها - شروط استفادته من الخدمة التي يقدمها البنك حيث يعد قبوله الدخول في النظام المعلوماتي قبولاً للامتثال لهذه الشروط وهو ما يعتبره الأستاذ Gaudrat دليلاً أكثر قوة من الدليل الكتابي " (١٤٣).

وينطبق ما تقدم كذلك على الدخول في عضوية أحد شبكات المعلومات (Systèmes Clubs) حيث يعد الدخول في عضويتها قبولاً لنظامها الأساسي (١٤٤).

ونحن من جانبنا نؤيد مشروعية مثل هذه الاتفاقات التي تتطلب وجود علاقات مسبقة بين الأطراف ما دمنا في مجال القول بأن الساكت قابل وهي القاعدة التي ليست لها، كقاعدة عامة، أية قيمة قانونية (١٤٥)، ويمكن إقامة الدليل على ذلك بإثبات واقعة الدخول في نظام معلوماتي يرتضي حجية وسائل الإثبات

ويعترض الأخير (M.A) على الحجية العارضة للصورة في هذه الحالة على أساس أن مجرد الإنكار يعدم الصورة كل حجية مما يعطى للدائن وسيلة سهلة لمضايقة مدينه الذي فقد السند الأصلي أو أتلفه.

(143) Philipe Gaudrat, Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (Rapport-carde) in Une société sans papier ? op.cit., p. 179.

(144) Gaudrat, ibid., p. 178.

(145)M.Alex Weill et Françoise Terre, Droit civil: Les obligations, Précis Dalloz, 4e éd. 1986 no. 130 p. 137.

الحديثة. ونؤيد في هذا الصدد ما قال به الأستاذ Gaudrat من ضرورة جعل الإطلاع على أحكام هذا النظام متاحة في كل الأوقات بناء على طلب العضو(١٤٦).
ويحق للأفراد كذلك الاستبعاد المسبق لوقوع النزاع أو حتى اللاحق عليه لإمكانة جحود الصورة العرفية عند تقديمها إلى القضاء، وفي هذه الحالة يلتزم القاضي باعتبار الصورة أصلاً وإن كنا نلاحظ عدم انطباق ذلك في مجال وسائل الاتصال الحديثة للإثبات التي لا يوجد فيها أصل لما يقدم، أما بشأن ما يوجد أصل له مثل الفاكس فيمكن مد نطاق المشروعية إليها، طبقاً لهذه الملاحظة يكون لمتلقي الصورة أن يعتبرها أصلاً كلما استطاع أن يثبت وجود اتفاق سابق أو لاحق في هذا الصدد بينه وبين من تعاقد معه، على ذلك.

المطلب الثاني
عدم تجاوز المبلغ لقيمة معينة

يمكن إثبات التصرف بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة (شهادة الشهود والقرائن، إذا لم يتجاوز المبلغ محل النزاع قيمة معينة (١٤٧)، حددها المشرع

(146) Ph. Gaudrat, Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (Rapport-carde), op.cit., p.179.

(١٤٧) جدير بالذكر أن المجلس الأوروبي أوصى بربط هذه القيمة بقيمة حقوق السحب الخاصة (بالفرنسية : Droits de Tirage Spéciaux : D.T.S) ، وبالإنجليزية Special Drawing Rights: S.D.R) التي يأخذ بها صندوق النقد الدولي، وكانت هذه الحقوق تعادل أربعة آلاف فرنك فرنسي عام ١٩٧٩ (أنظر في ذلك : تقرير اليونسكو عام١٩٨١ سابق الإشارة إليه ص٥١)، وحقوق السحب الخاصة هي بمثابة وحدات نقدية وحسابية دفترية تتمتع بقوة شرائية معينة. وتم ربط هذه الوحدة بداية بالذهب فكانت قيمته تعادل ٠,٨٨٨٦٧١ من الجرام من الذهب الخالص أي ما يساوي محتوى الدولار الأمريكي من الذهب، ولكن انهيار نظام تكافؤ الذهب عام ١٩٧١ الذي كانت الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٧١ بمقتضاه تطلق حرية تحويل الدولار إلى ذهب أدى

المصـــري بخمسمائة جنيه [١٤٨]، في حين جعلها المشـــرع الفرنسي خمســـة آلاف فرنك فرنسي [١٤٩]، والمشـــرع البلجيكي ثلاثـــة آلاف فرنـــك بلجيكـــي[١٥٠]، ثـــم

إلى عدول الصندوق عن ذلك. وفي الأول من شهر يوليه/تموز عام ١٩٧٤ تم ربط هـــذه الوحـــدة بسلة العملات مكونة للمعدل المرجح لست عشرة عملة دولية لا يقل نصيب كل منها من تصـــدير البضائع والخدمات عن ١% من حجم التجارة العالمية. وبذلك يضمن الصـــندوق تلافـــي الـــدول الخسائر التي تنجم عن الاعتماد على عملات الدول الرئيسية (أنظر في تفصيل هذا د.محمد عبـــد العزيز عجمية، الاقتصاد الدولي، دار الجامعات المصرية بالإســـكندرية عـــام ١٩٧٨ ص ٢٥٨: ٢٦٤) ويعاد النظر في اختيار العملات المكونة لهذه السلة كل خمس سنوات لضمان عدم نقصان نصيب الدول الأعضاء من حجم التجارة العالمية عن ١% كما سبق القول : تطبيقاً لـــذلك تمـــت إعادة النظر في مكونات وحدات السحب الخاصة وقيمتها في الأول من يناير/كـــانون ثـــان عـــام ١٩٨٦، فأصبحت اعتباراً من ٣٠ من أبريل/نيسان عام ١٩٨٧ على النحو الآتي (علماً بأن وحدة السحب الواحدة تساوي ٠,٨٨٨٦٧١ من الجرام من الذهب الخالص):

الدولار الأمريكي ٠,٤٥٢

المارك الألماني ٠,٥٢٧

الفرنك الفرنسي ١,٠٢

الين الياباني ٣٣,٤

الجنيه الإسترليني ٠,٠٨٩٣

(أنظر في تفصيل ذلك النسخة الإنجليزية من التقرير السنوي لصندوق النقد الدولي عام ١٩٨٧ ص١٤٢).

(١٤٨) المادة ١/٦٠ إثبات في المواد المدنية والتجارية رقـــم ٢٥ لســـنة ١٩٦٨، وقـــد كانـــت المـــادة ٢٨٠/٢١٥ من التقنين المدني القديم تجعل هذا المبلغ ألف قرش ديواني ثم جاءت المـــادة ١/٤٠٠ من التقنين المدني الجديد وحددته بعشرة جنيهات حتى جاءت المادة ١/٦٠ إثبات ســـالف الـــذكر ورفعته ... اعتباراً .. للتغيير الذي طرأ على القوة الشرائية للنقود (أنظر المذكرة التفسيرية لهـــذا القانون) ومن بعدها جاء القانون رقم ٢٣ سنة ١٩٩٢ وجعل نصاب الكتاب مائة جنيـــه والقـــانون رقـــم ١٨ لسنة ١٩٩٩ وجعل نصاب الكتابة على النحو الثابت بالمتن . أنظر في الإشـــارة إلـــى دواعي هذا التعديل ومنها انتشار التعليم في البلاد وانخفاض قيمة العملـــة [المليجـــي رقـــم ١٠١ ص١١٩ هامش رقم (١)].

(١٤٩) كان مرسوم Moulins يحدد هذا المبلغ بمائة جنيه عام ١٥٦٦، ثم جعلها مشرع التقنين المـــدني الفرنسي في عام ١٨٠٣م بمائة وخمسون فرنك ذهب (de Germinal ..) ثم صدر قانون آخر في أول أبريل/نيسان عام ١٩٢٨ جاعلاً هذا المبلغ خمسمائة فرنـــك (Poincaré) ، وفـــي ٢١ مـــن

أصبحت مؤخراً باليورو وحددت في بلدان أوربا المتعاملـة بـاليورو بـــ٣,٦٥ لليــورو الواحد.

وكان واضحاً أن المشرع قد أراد بهذا التحديد إعفاء الالتزامات المحـدودة القيمة المالية من قاعدة الكتابة (١٥١).

فبراير/شباط سنة ١٩٤٨جعل المشرع هذا المبلغ خمسة آلاف فرنك حتى تدخل المشرع بمرسـوم في ٢٧ من ديسمبر/كانون أول سنة ١٩٥٨ مخفضاً قيمة الفرنك القديم فأصبح هذا المبلغ مسـاوياً لخمسين فرنكاً فقط. وظل هذا النص معمولاً به حتى قرر المشرع التعديل، فصدر قانون رقم ٥٢٥ لسنة ١٩٨٠ في ١٢ من يوليه/ تموز سنة ١٩٨٠ (J.O. française - 13 Juillet 1983; J . C . P . 1980. 111. 50124)

بناء على اقتراح من النائب Jacques Thyraud اقتراح رقم ٢٨٨ في العـام ١٩٧٧– ١٩٨٧) بمجلس الشيوخ وترك تحديد قيمة هذا المبلغ لمرسوم تشريعي يعدل دورياً لمواجهة انخفاض القوة الشرائية للنقود حتى لا يصبح النص التشريعي محلاً لتعديلات دورية ولتحقيق هذا الغرض صـدر مرسوم رقم ٥٣٣ لعام ١٩٨٠ في ١٥ من يوليه/تموز سنة ١٩٨٠ محدداً هذا المبلغ بخمسة آلاف فرنك. (J.O. Françoise 16 Juillet 1980; J.C.P . 1980 . 111. 50132)

وأكد وزير العدل الفرنسي في أثناء المناقشات التي دارت في مجلس الشيوخ في هذا الشأن علـى ذلك بقوله أن الارتفاع بنصاب الكتابة من خمسين فرنكاً إلى خمسة آلاف فرنك بشـكل ضـرورة ملحة (Nécessité Impérieuse) : أنظر هذه المناقشات.

(١٥٠) قانون صادر في ٢٠ من مارس/ آذار سنة ١٩٤٨ عدل المواد من ١٣٤١: ١٣٤٥ مـن التقنـين المدني :

Mazeaud, op.cit, no. 397, Chamoux, La preuve dans les affaires..., op.cit., p.10.

(١٥١) ورغم أن القيمة التي حددها وهي خمسة آلاف فرنك معقولة لانطباق تسمية الالتزامات المحـدودة القيمة عليها لا سيما وأن المبالغ الذي ظل مطبقاً في الفترة ما بين ١٩٤٨ م: ١٩٨٠م كان خمسون فرنكاً فقط وهو مبلغ زهيد جداً وهو مساو تقريباً لمبلغ العشـرين جنيهـاً الـذي تبنـاه المشـرع المصري، أنظر في الاعتراض الفقهي على مبلغ الخمسين فرنكاً على سبيل المثال:

Chamoux, article J.C.P.(éd. Général) op.cit. no. 19 et Malengreau, op. cit., p. 120.

فإن هناك من يعترض في فرنسا على رقم الخمسة آلاف فرنك ويعتبره مبالغاً فيه على أسـاس أن هذا التحديد يظهر أن = =الحكومة فقدت الثقة في قيمة العملة الوطنية وأنها تمنح ثقة كبيرة لشهادة

وعلى هذا الأساس فإن الالتزامات التي لا تتجاوز قيمتها هذا المبلغ يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات. وفي هذا مجال رحب فسيح مجال كبير لتقديم أدلة في صورة مصغرات فيلمية (١٥٢) دعامات مستحدثة مكتوبة للقضاء ما لم يوجد اتفاق صريح بغير ذلك بطبيعة الحال.

الشهود وفي هذا أضرار تفوق أضرار التضخم المالي (وإن كان أصحاب هذا الرأي يمتدحون موقف المشرع الفرنسي المتمثل في ترك تحديد هذا المبلغ لمرسوم):

Philippe Jestaz et Pierre Godé. Législation française et communautaire en matière de droit privé. R.T, dr.civ. 1980. no. I p. 821.

على أية حال فإن المبلغ الحالي المطبق في فرنسا وبلجيكا، وفي نظرنا، معقول وهذا هو ما قال به باقي الفقهاء : أنظر على سبيل المثال بالنسبة لفرنسا وبلجيكا :

Amory et Poullet, op. cit., p. 346.

وبالنسبة لفرنسا فقط : Encyclopédie Dalloz, op. cit., no. 246

وجدير بالذكر أن تحديد نصاب الكتابة بخمسة آلاف فرنك فرنسي بعد أن كان خمسون فرنكاً فقط لم يكن تحديداً تحكمياً ، فقد طرح أمام البرلمان خيارات ثلاثة وهي: ربط قيمة نصاب الكتاب بالحد الأدنى للأجور .S.M.I.C، أو خمسة آلاف فرنك، أو عشرة آلاف فرنك، ثم أضيف إليهم خيار رابع وهو ترك التحديد Marcel Rudlodft أمام مجلس الشيوخ الفرنسي (J.O. Français- Sénat, 16 Mai 1979. 1308 précité وتقرير André cellard أمام الجمعية الوطنية الفرنسية (J.O. français- Ass. Nat. 1re séance 24 Juin 1980. 2189 et s) مع ذلك، فقد كان هناك من ينادي بجعل هذا المبلغ مساوياً للخمسين فرنكاً الذهبية التي كان يأخذ بها المشرع المدني عام ١٨٠٣م .

F. Chamoux : Rapport du 1975, op. cit., p. 140. Rapport final sur l'évolution du droit de la preuve dans la vie des affaires : Etudes de droit comparé, 1977 (Rapport guidé par l I.D.A et l'Université de paris 2 Mai non publié) p. 128, La preuve dans les affaires, ouvrage op. cit., p. 10, l'article publié in J.C.P., op. cit., no. 19.

(١٥٢) تشارك الاعتقاد في ذلك Amory et Poullet حيث يقولان بأن تحديد هذا المبلغ بخمسة آلاف فرنك فرنسي وثلاثة آلاف فرنك فرنسي وثلاثة آلاف فرنك بلجيكي بجعل التعاقدات التي تتم عن طريق بنوك المعلومات والبنوك الشخصية (وهي التي يمكن للعميل التعامل معها في أي وقت عن طريق استخدام بطاقة مغناطيسية وضرب رقم كودي معين لسحب مبلغ ما من حسابه) : أنظر مقاله السابق ص ٣٤٦. وأنظر كذلك (F.Chamoux) حيث ترى في نصاب الكتابة الحالي ثغرة في بناء الإثبات تسمح بنفاذ الأدلة المتمثلة في الدعامات الحديثة للمعلومات :

المطلب الثالـــث

استحالـــة الحصول على سند كتابـــي أو فقـــده

حد المشرع من سيادة الدليل الكتابي بمقتضى هذا الاســتثناء، فأخــذ[١٥٣] بقاعدة مفادها قبول شهادة الشهود فيما تجب فيه الكتابة عنــد وجــود مــانع مــن الحصول على سند كتابي حيث يلزم القانون بذلك، مع ذلك، فإن كون التصــرفات المعنية مما يوجب الشارع إفراضها كركن لانعقادها ولا تثبت بغيرهــا، لا يحــول دون القول بأن إثبات عقد الهبة التي يتم تنفيذها اختيارياً لا يتقيد، فإن يكون بورقة رسمية بل يكون خاضعاً للقواعد العامة في إثبات ثائر العقود[١٥٤]، وقد أخذ المشرع بمفهوم واسع لفكرة المانع فهو إما أن يكون مادياً أو أدبياً، وفي الحالتين هو يعفــي

F.Chamoux, La loi du 12 Juillet 1980..., op.cit.,no. 29.

وهذا هو ما انتهى إليه الدكتور عصام إبراهيم القليوبي في رسالته التي قدمها لنيل درجة الدكتوراه عام ١٩٨٦ :

Essam El Kalyoubi, l'encaissement par la Banque des chèques et effets de commerce (thèse présentée en septembre 1986 à la faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont 1), no. 47 p.371.

(١٥٣) نصت المادة ٦٣ الإثبات المصري على أنه يجوز .. الإثبات بشهادة الشهود فيما يجــب إثباتــه بدليل كتابي : إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي . كذلك نصــت المادة ١٣٤٨ من التقنين المدني المعدلة بالقانون رقم ٥٢٥ – ٨٠ الصادر في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٨٠ السابق الإشارة إليه، على مثل ذلك فاستثنت من قاعدة الكتابة حالات عــدم الإمكــان المادي أو المعنوي من الحصول على دليل كتابي.

وجدير بالذكر أن الصياغة السابقة لهذه المادة الأخيرة لم تكن كذلك، فقد كان المشرع قد اكتفى بأن أورد حالات معينة مستثناة من قاعدة الكتابة الإجبارية وهي حالات إيداعات الضرورة الناشئة عن الحريق أو التهدم أو العاصفة أو الغرق وأيضاً الإيداعات التي يقوم بها النزلاء في الفنادق.،وكذلك المادة ٣٠ من قانون البينات الأردني ،والمادتان ٤٠و٤١ من قانون الإثبات الكويتي.

(١٥٤) نقض مدني ٢٦ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٨٨، مجموعة المكتــب الفنــي، س ٣٩ رقــم٤٠ ص١٧٧.

الشخص المعني من تقديم الدليل الكتابي. وحتى يتضح المقصود بهـذين المـانعين نضرب لهما الأمثلة الآتية :

- المانع المادي، يقصد بذلك حالات الاستحالة المادية التـي تحـول دون الحصول على مستند كتابي، ومثالها خالات التعاقد عن طريـق الهـاتف (أو المسرة أو التليفون)[١٥٥].
- المانع الأدبي، ومرده إلى العـادات الجاريـة والتقاليـد السـائدة فـي المجتمع[١٥٦] ومن أمثلة ذلك صلة الطبيب بمرضـاه، وأفـراد الأسـرة الواحدة أو الأصدقاء الحميمين ببعضهم البعض. بعبارة أوسع كل مـا لا يندرج تحت المانع المادي يعد مانعاً أدبياً[١٥٧].

ويشير الفقه إلى حقيقتين مهمتين في هذا الشأن :

الأولى: أن الاستحالة التي يقصدها المشرع هي في« طلب » سند كتـابي مثبـت للالتزام وليس في « تقديم » هذا الطلب[١٥٨]. وهذه الحقيقة لا تحتاج إلى بيان لأن المشرع وضع نصاً منفصلاً لحالة استحالة تقديم السند الكتابي وهي الخاصة بفقده والتي سندرسها بعد قليل، فعند الفقه هناك استحالة في تقديم السند الموجود بالفعل، أما عند الاستحالة المادية أو المعنوية التي نبحثها الآن فالمقصود هو عدم وجـود سند أصلاً.

---

(155) Cellard, Rapport de l' Assemblée Nationale, op. cit. p. 2189.

(١٥٦) الصدة رقم ٢١٢ ص ٢٧٤.

(١٥٧) وبناء على ذلك اعتبر قضاء النقض أن ما جرى عليه العمل من بيع الحيوانات وخيـول السـباق دون سند كتابي يعد مانعاً أدبيـاً: Cass. Civ 1re ch. 15 Janv. 1963, Bull. Cass. No. 32

وهذا الحكم المشار إليه لدى F . Chamoux في كتابها سابق الإشارة إليه ص ٢٩.

(158) Jean Viatte, La preuve des actes juridiques : Commentaire de la loi no. 80-525 du 12 Juillet 1980, Gaz. Pal. 1980. 2 (doctrine). 582.

الثانية: أن « الاستحالة » لا تعني الصعوبة، ومفـاد ذلك أن صعوبة الحصـول على سند كتابي لا تبرر القول بوجود استحالة معفية من الحصول على سند كتابي مسبق [١٥٩].

وقد أراد البعض الاستفادة من هذه الحقيقة لتقييد النص التشريعي والقـول بأن التعاقد عن طريق الأجهزة الحديثة مثل الهـاتف والحاسـبات الإلكترونيـة لا يتضمن الاستحالة التي يقصدها المشـرع وإن عدم الحصول على دليل كتابي عليها هو نتاج « صعوبـة » ولـيس « استحالة »[١٦٠].

ونحن لا نرى ذلك، ونعتقد أن هذا الرأي الأخير يقيد بدون مبـرر مفهـوم الاستحالة، فالاستحالة توجد كلما وجد مانع يحول دون الشخص والحصول علـى دليل كتابي مسبق، وهو ما يتوافر في التعاقد عن طريق الهاتف [١٦١].

فكيف يتسنى لمن يوجد في الولايات الأمريكية مثلاً أن يحصل على دليل كتابي ممن يقيم في مصر ويرغب في بيع أسهمه في البورصة هناك؟ وحتـى إذا تصورنا إمكان إرسال هذا الدليل الكتابي بطائرة خاصة إلى هناك فإنـه سيصـل متأخراً لأن الدقيقة في عالم البورصة قد ترتفع بسهم إلى عنان السماء أو تخسف به الأرض. بعبارة أخرى، أن الصعوبة توجد في نظرنا كلما كان تطلب سند كتـابي مسبق ممكناً بمشقة، أما الاستحالة فهي قد تكون نسبية أو مطلقـة وتحـول بـين الشخص وطلب سند كتابي. ولا شك في أن من قال بوجـود صـعوبة فقـط فـي

---

(١٥٩) الصدة رقم ٢١٠ ص ٢٦٦، تطبيقاً لذلك رفض القضاء الفرنسي اعتبار الصعوبات التقنية التـي تحول دون هيئة الاتصالات الهاتفية والتقديم الدوري لبيانات مفصلة للمشترك بالاتصالات الهاتفيـة المدعى قيامه بها معفية للهيئة من تقديم هذه البيانات :

Tribunal Administratif de Rennes, 27 Novembre 1985 Cité par Croze.Op. cit., p.166 note no.8.

(160) Jérome Huet et Philippe Le Tourneau, La protection des biens, Les obligations contractuelles, la preuve, publié in Emergence du droit de l'informatique, l'édition Les parque 1983 p. 46

(١٦١) وهذا هو المثال الذي ضربه Cellard للاستحالة المادية عند عرضه لتقريره الخـاص بالتعـديل التشريعي للتقنين المدني الفرنسي عام ١٩٨٠ : تقرير سابق الإشارة إليه ص ٢١٨٩.

الحصول على سند كتابي في التعاقدات التي تتم دون أن تترك أثراً مادياً مكتوباً عليها فاته أن فكرة الاستحالة، بوجهيها النسبي والمطلق، تكفي في هذا الشأن. وبديهي أن القول بغير ذلك سيجعل التعاقدات « عن بعد » بغير دليل(١٦٢).

ونظراً لمرونة فكرة الاستحالة وشمولها للاستحالة المادية والأدبية على السواء فإننا نعتقد في أنها لا تسمح باعتبار إعدام الأصول بعد تصويرها على مصغر فيلمي أو نقلها على قرص مدمج مليزر (CD´s) مبرراً كافياً للقول بوجود استحالة نظراً لأن الاستحالة لا توجد إلا عند عدم وجود دليل كتابي أصلاً، وهذا ينفي أي مشكلة في توافر الاستحالة بشأن الاتصالات عن بعد.

كذلك فإنه من المؤكد إمكان إقامة الدليل على وجود المانع المادي أو الأدبي بكل طرق الإثبات لأن وجود هذا المانع من عدم وجوده هو واقعة مادية، وليس تصرفاً قانونياً، فيمكن إقامة الدليل عليه بكل طرق الإثبات(١٦٣).

---

(١٦٢) أنظر لاحقاً ص ٦٧. مع ذلك يقول البعض بعدم جدوى اللجوء إلى فكرة الاستحالة كلما وقع تعاقد "عن بعد" لأن ذلك فيه خلط بين "الاستحالة" التي تبرر الاستثناء و " الصعوبة " التي لا تبرره : أنظر رسالة عصام القليوبي، سابق الإشارة إليها، رقم ٤٧٣ ص ٣٧٢.

(١٦٣) أنظر في ذلك مثلاً : في الفقه المصري : شنب رقم ١١٣ ص ١٣٨ ، أبو الوفا ص ١٤ والصدة رقم ٢١٠ ص ٢٦٥ وفي الفقه الفرنسي :

Viatte, op. cit., p. 582, Ghestin et Goubeaux, op.cit., no. 598 p. 509; no. 603 p.515, Capitant, op.cit, p. 357, Mazeaud no. 390 p. 458, Encyclopédie Dalloz, op. cit. no. 1 et Amory et Poullet, op.cit., 345 ; 347.

وأنظر في اعتبار فكرة الاستحالة كنصاب الكتابة، ثغرة في بناء الإثبات تسمح بنفاذ الأدلة المتمثلة في الدعامات الحديثة للمعلومات : F. Chamoux, La Loi du 12 Juillet 1980...,op.,cit., No. 29.

وعلى هذا الأساس، فإن مخرجات الحاسب يمكن قبولها كأدلة للإثبات في حالة وجود استحالة مادية أو معنوية من الحصول على سند كتابي على الالتزام. ويتم ذلك في حالتين وهما :

الأولى: أن يتعلق الأمر بتعاقد عبر الحاسبات الإلكترونية يتجسد في شكل مصغرات فيلمية ومخرجات ورقية تخرج مباشرة من الحاسب.

الثانية: أن يتعلق الأمر بإثبات وجود مانع مادي أو أدبي، وهو إثبات يرد على واقعة مادية، وهي واقعة الاستحالة، وليس التصرف قانوني.

ويجمع بين المانعين أمر واحد وهو أن الخروج عن قاعدة الكتابة « لا يرجع إلى طبيعة التصرف نفسه بل إلى الظروف التي انعقد فيها أو لحقته »[١٦٤] وتقويم هذه الظروف ليس سيادياً (souverain) ينفرد بتقديره قضاء الموضوع وإنما تقديرياً (discrétionnaire)، حيث تتمتع محكمة النقض بسلطة مراقبة هذا التقدير إذا قام على أسباب غير سائغة[١٦٥].

ويعكس هذا الموقف حقيقة مفادها حرية إثبات الوقائع القانونية (Faits Juridiques) بكل طرق الإثبات، فلا يتعلق الأمر في هذا المقام باستثناء تشريعي

---

(١٦٤) نقض مدني مصري، ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٨١، مجموعة القواعد القانونية الصادرة عام ١٩٨٥، سابق الإشارة إليها، رقم ٨٨٢ ص ٣٧٣.

(١٦٥) فالصلة نفسها مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك إلى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب مادامت بنيت تقديرها على أسباب سائغة : نقض مدني مصري، ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٨١، مجموعة القواعد الصادرة عام ١٩٨٥، سابق الإشارة إليها رقم ٨٨٢ ص ٣٧٢، وأنظر أيضاً : ٨ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س ٢١ ص ٣٥، ٢١ من ديسمبر/كانون أول سنة ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٧ ص ١٨٠١و ١٧ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، ص ٢٩، ص ١٠٣٥: Cass. Civ : 29 Av. 1960, Bull. Cass. No. 48, 13 Janv. 1969 Bull. Cass no 19.

وإنما بامتثال لتفرقة أساسية سائدة بين الوقائع القانونية التي تقبـل الإثبـات بكـل الطرق والتصرفات القانونية التي لا تقبل الإثبات كقاعدة عامة بغير كتابة (١٦٦).

ويســود في الفقه (١٦٧) الاعتقاد في أن للقاضي أن يعتبر نفسه بصدد حالة استحالة للحصول على سند كتابي كلما عرض عليه نزاع متصل بتصرف قـانوني تم عن بعد بواسطة إحدى شبكات المعلومات(١٦٨).

---

(166) Amory et Poullet, le droit de la preuve face à l'informatique et à télématique, op. , Cit. , p. 345 et Vivant, Le Stanc, Rapp et Guibal, Lamy: Droit de l'informatique, op. Cit. , No.2096.

(167) Françoise Chamoux., La loi du 12 juillet 1980: Une ouverture sur les nouveaux moyens de preuve, J.C.P.Ed.G. 1981. II. 13491 no.21, Linant de Bellefonds, Informatique et le droit, que sais-Je? , PUF, 1981 p.44 et de Bellefonds et A. Hollande, Droit de l'informatique, op.cit.,p. 123.

وأنظر عكس ذلك :

(Gaudrat, Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (rapport-carde) in Une société sans papier ? , op.cit., p.183),

بالنسبة لسيادته، يعد الأخذ بمفهوم واسع للمادة ١٢٤٨/١ من القانون المدني قبولاً لإمكان اختيـار الأفراد وضع أنفسهم في حالة استحالة مانعة من إعداد دليل كتابي سبق وليس الاكتفاء بأن تكـون هذه الاستحالة مفروضة عليهم من واقع الظروف، مع ذلك فهو يرتضى هذا المفهـوم الواسـع شريطة وجود إرادة قاطعة من كل الأفراد المعنية في هذا الشأن وأنظر :

M-Martine Boizard, Note sous arrêt C.A.Montpellier, 1ère ch. Sec. D.,9 Av. 1987. J.C.P. Ed. G. 1988. II. 20984:

حيث لا تؤيد سيادتها هذا الرأي ونقول بأنه لا يوجد في هذا المقام حالة استحالة حقيقة نظـراً لأن عدم وجود الدعامة المكتوبة يرجع إلى اعتبارات خاصة بتيسير الإرادة أو تبسيط العلاقـات بـين العملاء وهو ما يتمثل في الإحلال المستمر لدعامة مغناطيسية محل الدعامة الورقية وبالنسبة لـــ Huet et Maisl ويعد هذا التشبيه غير مؤكد : (Droit de l´informatique, op. Cit., No. 594 p.664)

(١٦٨) في نفس المعنى مرجعنا الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المـواد المدنيـة، سـابق الإشارة إليه، ص ٤٣، وأنظر عكس ذلك :

(A.Lucas, Le droit de l'informatique, op. cit., no.318)

حيث يرى سيادته أن هذا الرأي يؤدي إلى الحرمان الكامل للعالم المعلوماتي من الدليل المكتـوب، وينادى بحرية للإثبات كلما كان للأفراد أو اللجوء إلى طرق اتصال تستبعد الكتابة .

ويعتبر الفقه هذه الفكرة جذابة ومعبرة عن وعي كامل بتطور الأمور وهو ما يجعلها محلاً للترحيب من الجميع، ونحن نضيف أن كل التصرفات القانونية التي تتم بواسطة وسائل حديثة للاتصال تقبل الإثبات بكل الطرق أيا كانت قيمتها.

أما في حالة فقد السند الكتابي فيمكن إثبات واقعة الفقد، كغيرها من الوقائع القانونية، بكل طرق الإثبات(١٦٩) مادام هذا الفقد قد وقع بسبب أجنبي خارج عن إرادة الدائن مثل القوة القاهرة وحالة الضرورة. وعلى ذلك فإن الفقد الراجع إلى فعل الدائن لا يستفيد من هذا النص التشريعي(١٧٠).

وقد تدخل المشرع الفرنسي في هذا الصدد بالقانون رقم ٥٢٥ لسنة ١٩٨٠ معدلاً بالمادة ١٣٤٨ من القانون المدني ليجعل من الصورة التي تعد نسخاً أميناً ودائماً لأصل لم يحفظه أحد أطراف التصرف أو المودع لديه دليلاً كافياً للإثبات.

ويعتبر المشرع الصورة كذلك إذا كانت تمثل نسخاً دائماً للأصول أي مصحوبة بتغير دائم في المادة المصنوع منها دعامة الصورة (١٧١). وعلى هذا الأساس لا تستفد أية صورة لا تستوفى هذين الشرطين من هذا النص التشريعي كما لا يوجد ثمة محل لإعمال هذا النص إذا لم يكن هناك « أصل» بداية (١٧٢).

صفوة القول لدينا أن القول بغير قبول فكرة المانع المادي في التعاملات عن بعد يجعل العقود التي تبرم بين رجال الأعمال المنتشرين في كل بقاع العالم

---

(١٦٩) المادة ٦٣/ ب من القانون المصري للإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٦ والمادة ١٣٤٨ من التقنين المدني الفرنسي (المعدل بالقانون رقم ٥٢٥ لسنة ١٩٨٠).

(١٧٠) نقض مدني ١٨ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، س ٢٧ رقم٢٧٥ ص ١٤٤٤.

(171) Leclercq, Réflexions sur le droit de la preuve in Une société sans papier?, op. cit., p.96.

تحظى هذه المادة بتطبيق عملي محدود.

(172) Ph. Gaudrat, Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (rapport-carde) in Une société sans papier ?. op. cit,. p.183.

بغير دليل عليها – كما سبق القول – وهذا ليس في مصلحة أحد [١٧٣] لاسيما وأن هذه التعاقدات ليست دائماً تجارية الطابع حتى تستفيد من قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية. لذلك فقد اعتبر البعض فكرة «الاستحالة» هذه مثل دودة الفاكهة (Le ver de fruits) حيث أنها تهدد بإفراغ قاعدة الكتابة من مضمونها [١٧٤] وتجعل الإثبات ميسوراً.

ومن جانب آخر أجاز المشرع أيضاً للدائن الذي فقد سنده الكتابي – وهذا يفيد أن السند كان موجوداً أصلاً قبل فقده – بسبب أجنبي لا يد له فيه [١٧٥] أن يقيم الدليل على مضمون السند بالبينة (شهادة الشهود). كما أن له أن يثبت واقعة الفقد بكل طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية[١٧٦].

وهذه الأخيرة إما أن تكون قوة قاهرة (force majeure) أو حالة ضرورة (cas fortuit) أو فعل الغير أو فعل المدعي عليه. ومثال ذلك على التوالي الفقد بسبب، أو أثناء، حريق أو فيضان أو زلزال،وفقد المحامي أو الكاتب للسند الكتابي أو إتلافه وهو تحت يد الطرف الآخر، بالقوة أو بالحيلة[١٧٧].

---

(173) F.Chamoux; La force probante des supports modernes d'information op. Cit., p.31. La loi du 12 juillet 1980: Une ouverture sur des nouveaux moyens preuve, op. cit,. No. 21.

وقد أشارت هذه المؤلفة أيضاً إلى ذلك على لسان أحد رجال القضاء الفرنسيين في تقريرها الذي قدمته عام ١٩٧٥ لوزارة العدل (تقرير سابق الإشارة إليه) ص ٢٦. وأنظر في ذلك أيضاً بالنسبة للفقه البلجيكي : Malengreau, op. cit,. p.116.

(174) F.Chamoux; La loi du 12 juillet 1980 op. cit,. No.14.

(١٧٥) المادة ٦٣/ب من قانون الإثبات المصري والمادة ١٣٤٨ من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٥٢٥ لسنة ١٩٨٠ (سابق الإشارة إليه).

(١٧٦) السنهوري رقم ٢٤١ ص ٦١٠: ٦١٢.

(١٧٧) أنظر سابقاً ص ٥٧ وما بعدها.

وفي كل الأحوال، لا يقبل تمسك الدائن بأي سبب يرجع إلى فعله ولو كان مجرد إهمال أو تراخ [١٧٨]. فالفقد في هذه الظروف لا يعد راجعاً إلى سبب أجنبي عن الدائن.

المطلب الرابع
مبدأ الثبوت بالكتابة
Commencement de preuve par écrit

يجيز المشرع[١٧٩] أيضاً الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة « وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » أو وفقاً لتعبير المشرع اللبناني " براءة بينة خطية " وإن كان المشرع اللبناني يعتبر هذه التسمية مرتبطة بعدم تعدد نسخ العقد المتبادل بعدد المتعاقدين (مادة ٣٦٣ من قانون الموجبات والعقود و ٢/١٥٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية).

وعلى هذا الأساس، يرتبط وجود مبدأ الثبوت بالكتابة بتوافر شروط ثلاثة وهي: أن تكون هناك كتابة وصادرة من الخصم وتجعل وجود التصرف المدعي به

---

(١٧٨) نقض مدني مصري، ١٨ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، س ٢٧ ص ١٤٤٤.فيكفي إثباته أنه لم يقصر في المحافظة على السند وأنه هلك بسبب أجنبي (السنهوري رقم ٢٤١ ص ٦١٠ : ٦١٢).

(١٧٩) ويعترض البعض على ترجمة هذا المصطلح بمبدأ ثبوت بالكتابة على أساس أن كلمة Commencement لم تأت بمعنى "قاعدة" بل بمعنى "بداية" فالمقصود هو بداية ثبوت بالكتابة ولعل هذا أدق في التعبير : الصدة رقم ٢٠٠ ص ٢٤٧ وفي نفس المعنى شكري سرور رقم ١٢٢ ص ١٤٠.

– في تقدير محكمة الموضوع مادام اجتهادها سائغاً في فهم الواقــع[١٨٠] – قريــب الاحتمال [١٨١]، ولا يشترط في المحرر ليكون مبدأ ثبوت بالكتابة ما يشــترط فــي الدليل الكتابي الكامل من بيانات، وإلا لكنا بصدد دليل كتابي كامل[١٨٢].

ولا يكفي مجرد تمسك الخصم بورقة مكتوبة صادرة من خصمه باعتبــار أنها تكون من مبدأ ثبوت بالكتابة لا يقوم مقام الدليل الكامل فيما يجب إثباته بالكتابة بل على صاحب المصلحة طلب استكمال شهادة الشهود أو بالقرائن أو بهمــا معــاً حتى تنظر المحكمة في طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق[١٨٣].

مع ذلك فللمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالإثبات بشهادة الشــهود متــى رأت في ذلك فائدة للحقيقة وذلك إعمالاً للمادة ٧٠ إثبات متى قدم الخصم ورقة في

---

(١٨٠) نقض مدني ٢١ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني س ٣٠ رقــم ١٦٦ ص ٨٩٧.

(١٨١) مادة ١٢ من قانون الإثبات المصري، والمادة ١/١٣٤٧ من التقنين المدني الفرنســي. ويخضــع تقدير ذلك لقضاء الموضوع متى كان استخلاصه لما وصل إليه من نتائج استخلاصاً سائغاً ومــن شأنه يؤدي إلى نتيجة التي انتهى إليها، نقض مدني في ١٨ من ديسمبر/كانون أول ســنة ١٩٦٠، مجموعة المكتب الفني س ١١ ص ٦٣٥، و١٠ من مايو/آيار ١٩٧٧، مجموعة المكتــب س ٢٨ ص ١١٦٨، و١٥ من فبراير /شباط سنة ١٩٨٢، مجموعة المكتب الفني، س ٣٣ ص ٢٤١) ولا يجــوز التمسك بوجــود مبدأ ثبوت بالكتابة لأول مــرة أمام محكمة النقض (نقض مدني مصري، ١٣ من مارس/آذار ســنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س ٢٠ ص ٤٢٥).

(١٨٢) نقض مدني ١٦ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٦٦، مجموعــة المكتــب الفنــي س١٧ رقــم١٩٥ ص١٤٠٩.

(١٨٣) وإذا كان الثابت أن الطاعنين لم يطلبا الإحالة إلى التحقيق لاستكمال هذا الدليل الناص، فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عنه: نقض مدني ١١ من أبريــل/ نيســان ســنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني، س٣٠ رقم٢٠٥ ص١٠٧.

الدعوى متمسكاً بما لهذه الورقة من قوة في الإثبات وتبينت محكمة الموضوع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة(١٨٤).

ولا قيد على المحكمة إن هي اعتبرت الورقة دليلاً كاملاً على إثبات تصرف معين في ذات الوقت مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتصرف آخر(١٨٥)، ويتعين على المحكمة أن تهدر اتفاق الأطراف على عدم إثبات التخالص بغير الكتابة إن وجدت مبدأ ثبوت الكتابة(١٨٦).

وما يهمنا في هذا المقام هو بيان المقصود بهذه الكتابة ؟ ومدى إمكان اعتبار الأوعية الحديثة للمحررات كتابة تكفي في ذاتها لتوافر الشرط الأول من شروط وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ؟

ورد في الأعمال التحضيرية (١٨٧) للتقنين المدني المصري الحالي تعريف للمقصود بالكتابة، فأشار واضعوها صراحة إلى أن « وجود كتابة، أو محرر، عام الدلالة، فلفظ الكتابة يصرف إلى أوسع معانيه، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع. ولذلك استعمل النص عبارة كل كتابة وقد تكون

---

(١٨٤) نقض مدني ٢٧ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني، س ٣٠ رقم ٣٥٣ ص٨٠.

(١٨٥) تطبيق قضائي في شأن إيصال محاسبي عن أجرة أطيان زراعية حيث أعتبر ورقة المحاسبة هذه بقيمة ايجارية أقل من الأجرة الواردة بالعقد وبعد خصم المصاريف مبدأ ثبوت الكتابة: نقض مدني ١٧ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني، س٢٦ رقم١٢٢ ص٦١٠.

(١٨٦) نقض مدني ١٢ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٥٧، مجموعة المكتب الفني، س٨ ،س١٠٤ ص٩١٧.

(١٨٧) المجلد الثالث ص ٤٠٧.

هذه الكتابة سنـــداً – كما سبق القول – أو مذكـــرة شخصية أو مجرد علامة [١٨٨] ترمز للاسم أو توقيعاً أو غير ذلك »[١٨٩].

وقد وسع المشرع الفرنسي [١٩٠] من هذا المبدأ بالقانون رقـــم ٥٩٦ لســـنة ١٩٧٥ الصادر في ٩ من يوليه/تموز لسنة ١٩٧٥ فأجاز للقاضي أن يعتبر تخلف أحد الأطراف عن الحضور بشخصه للمواجهة (Comparution Personnelle) أو رفض الإجابة عن أحد الأسئلة الموجهة إليه أثنائها بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة !

ومن هنا ثار التساؤل حول إمكان اعتبار مخرجات الحاسب – إذا كانـــت الكتابة صادرة من الخصم وتجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمـــال – مبدأ ثبوت الكتابة ؟

نؤكـــد أن الفقه كان لـــه فضل توسعـــة المقصود بمبدأ الثبـــوت بالكتابـــة حرصاً منه على ربط نصوص التقنين المدني العتيقة بعجلة العلم الحديث. فـــذهب إلى اعتبار «التلكـــس» [١٩١] مبدأ ثبوت بالكتابـــة [١٩٢] شـــأنه شـــأن «شريـــــط التسجيـــل» [١٩٣].

---

(١٨٨) تصلح " النمرة " التي تعطى لموضع المعاطف و العصي عند دخول المسارح والمطـــاعم مبـــدأ ثبوت بالكتابة : الصدة رقم ٢١١ ص ٢٦٨ هامش رقـــم (١).

(١٨٩) قد حكم بأن استناد الخصم إلى أن ورقة ما هي مبدأ ثبوت الكتابة ... وإغفال المحكمة هذا الـــدفاع يعتبر بمثابة إغفال لدفاع جوهري (نقض مدني مصري، ٢٢ من مايو /أيار سنة ١٩٧٣، مجموعة المكتب الفني، س ٢٤ ص ٧٩٩).

(١٩٠) أنظر المادة ٢/١٣٤٧ من التقنين المدني.

(١٩١) وهي كلمة إنجليزية Telex تعبر عن جهاز شبيه بالهاتف ولكنه يفوقه في أنه عبارة عـــن جهـــاز يطبع البيانات الصادرة من المرسل بلون أحمر والبيانات المصادرة من المرسل إليه باللون الأسود بعد أن يطبع الأرقام الكودية للمرسل إليه وتاريخ اليوم والساعة :

F. Chamoux, Rapport du 1975, op.cit.p. 49.

وقـد أفتى وزيــر الــعدل الفرنسي رداً على سؤال وجه إليه بشأن جواز اعتبار «الميكروفيلم» مبدأ ثبوت بالكتابة مؤيداً ذلك (١٩٤)، فقال بأنه من المقبــول حفظ صور الخطابات أو المستندات (مثل الإيصالات المحــررة بشــأن صــفقات تجارية) على «ميكروفيلم» أو «ميكروفيش»، وأن شيئاً ما لم يمنع من أن يقــدر القضاء – سيادياً (١٩٥)– قبول هذه الصور عند التقاضي ويمنحهــا نفــس الحجيــة القانونية التي لمبدأ الثبوت بالكتابة. وأشار الوزير إلى أن القضاء يمنح هذه الحجية بالفعل لصور المستندات التي تنسخ بالطرق التقليدية مثل النسخ الكربونية (١٩٦).

وعلى هذا الأساس فإن مخرجات الحاسب تصلح لأن تكون مبــدأ ثبــوت بالكتابة (١٩٧) إذا كانت الكتابة صادرة من الخصم وتجعل وجود التصرف المــدعي به قريب الاحتمال. أما إذا تخلف أحد هذه الشروط كأن كانت الكتابة صادرة ممــن يتمسك بها مثلاً فتعد قرينة كافية على الحق المدعي بــه مــا لــم تعتبــر مجــرد صورة(١٩٨)، وقد أكد قضاء النقض على أن تقدير الورقة المــراد اعتبارهــا مبــدأ الثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال أم لا مما يستقل به قاضي الموضوع(١٩٩)، ولا رقابة لمحكمة النقض متى بنى علــى

---

(192) F. Chamoux, Rapport du 1975, op.cit,.P.22, 49, La preuve dans l'affaire, op.cit., p.58 et Malengreau, op.cit., p.115.

وجدير بالذكر أن الأخير يأخذ بهذا الرأي في ظل الصياغة الحالية للتشريعين الفرنسي والبجيكي.

(193) Mazeaud, op.cit., no. 398 p.464 et no. 435 p.509 et F.Chamoux. La loi du 122 Juillet 1980... op.cit,. No.16.

(194) Réponse de ministre de la Justice no. 8849 à la question de M. Labée du 2 mars 1974: J.O - Français - assemblée Nationale, Séance du 23 juillet 1974 p. 3688.

(195) Kosiur, Understanding Electronic Commerce, op.cit., p. 25.

(١٩٦) أنظر في حجية النسخة الكربونية ص ٧٢ وما بعدها.

(197) F. Chamoux, La preuve dans les affaires.., op.cit., p. 152.

(198) Malengreau, op. cit., p. 115.

(١٩٩) نقض مدني ٩ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٢، مجموعة المكتب الفني، س٢٣ رقــم٥٥ ص٣٤٩، حيث قضى بأن النزاع في ذلك جدل في فهم الواقع لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

أسباب سائغة ولم تتعارض مع الثابت بالورقة[٢٠٠]، فإذا أغفلت المحكمة هذا الدفاع دون بيان أسباب إطراحها إياه، فإن حكمها يكون قاصر البيان مستوجباً نقضه[٢٠١].

المطلب الخامس
الاحتيال على القانون

لا يستدعى هذا الأمر بياناً على أساس أن الاحتيال على القانون ممكن إثباته بكل طرق الإثبات استناداً إلى حجتين لا تنقصهما الوجاهة وهما :

الأولى: أن محل الإثبات في هذا المقام هو واقعة مادية وهي واقعة الاحتيال، وليس في هذا مخالفة لقاعدة الكتابة التي يأخذ بها المشرع كأصل عام في الإثبات المدني لأن هذه القاعدة لا تتعلق إلا بالتصرفات القانونية [٢٠٢].

الثانية: أن مصلحة المجتمع تقتضي إثبات الاحتيال على القانون بكل طرق الإثبات تشجيعاً على كشف الاتفاقات المخالفة لفكرتي النظام العام والآداب وإتاحة الفرصة لمن كان طرفاً فيها لأن يتدارك آثارها [٢٠٣].

مفاد ذلك إمكان إقامة الدليل على الاحتيال نحو القانون – كغيره من الوقائع القانونية – بكل الطرق إعمالاً للقواعد العامة التي تميز إثبات الغش بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن[٢٠٤].

---

(٢٠٠) نقض مدني ٣٠ من مارس/ آذار سنة ١٩٦٧، مجموعة الكتب الفني، س١٨ رقم١١٤ ص٧٤٣.

(٢٠١) نقض مدني ٥ من مايو/ آيار سنة ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، س١٧ رقم ١٤٠ ص١٠٣٥.

(٢٠٢) يحيى رقم ٧٨ ص ١١٧.

(203) Mazeaud, Traité, op.cit., no. 387 p.456.

(٢٠٤) نقض مدني ١٣ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٩٢، مجموعة المكتب الفني،س٤٣ رقم٣٥ ص١٥٨.

تطبيقاً لذلك قضى بأنه لا على المحكمة من إحالة الدعوى إلـــى التحقيــق لتمكين الطاعنين في التصرف من إثبات حقيقة الواقع (أن البيع المنجز هــو فـــي حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شــرعاً إضـــراراً بحقه فيه) فيه بشهادة الشهود(٢٠٥). مع مراعاة أن حرية الإثبات إذا ما كنا بصـــدد غش« معلوماتي » تخول القاضي الحق في أن يستمد اقتناعه من أي دليــل حتـــى ولو كان هذا الدليل متحصلاً من استخدام إحدى الوسائل الحديثة في الإثبات.

خاتمـة:

ليس من شك في أن العرض السابق يطرح علينا تساؤلاً مهماً حول موقف المشرع المصري من هذه المشكلة ؟

بداية نؤكــد أنه ليس من مصلحة العدالة أن تلفظ هــذه الوســائل التقنيــة المستخدمة في الإثبات والتي يثبت العلم كل يوم جدارتها بالحجية والاحترام (٢٠٦).

وقد تبنت محكمة النقض المصرية هذه الحجة في حكم لها صدر فـــي ٣١ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٨٧ (٢٠٧) فحكمت بأن النسخة الكربونية ليست صورة منقولة عن الأصل عديمة الحجية في الإثبات بل هي أصلاً في حد ذاتها. ونظــراً

---

(٢٠٥) نقض مدني ١١ من مايو/ آيار سنة ١٩٥٠، مجموعة المكتب الفني، س١ رقم١٢٤ ص٤٩٤.

(٢٠٦) هذا هو رأي الأستاذ Boutry أستاذ الطبيعة التطبيقية : رأي مشار إليه – بمناسبة الحــديث عــن حجية بصمات الصوت التي تعادل بصمات الأصابع من حيث القدرة على التعريف بصــاحبها – لدى:

Carel Les modes de preuve au XXe siècle, Gaz. Pal. 1957. 1er sem. Doctrine- p.34.

(٢٠٧) مجموعة المكتب الفني، س ٢٩ رقم ٧١ ص ٣٥٧: ٣٥٩.

لأهمية هذا الحكم نفرد المجال لعباراته التي تدل على ما يتسم به قضاة هذه المحكمة من مرونة:

"التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو بصمة الإصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقاً لما تقضي به المادة ١/١٤ إثبات – المقابلة المادة ٢/٣٩٠ من القانون المدني قبل إلغائها – وإذا كان المقصود بالإمضاء هو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه، وكان الإمضاء بالكربون من صنع ذات يد من نسبت إليه، فإن المحرر الموقع عليه بإمضاء الكربون يكون في حقيقته محرراً قائماً بذاته له حجيته في الإثبات .

وبعد أن أرست المحكمة هذا المبدأ القانوني المهم أكدت على أنه:

"لما كان ذلك وكان الثابت من الصورة الرسمية لتقرير الخبير المنتدب في الدعوى أن التوقيع المنسوب للطاعن على المحرر المطلوب الحكم برده وبطلانه عبارة عن كتابة بخط اليد محررة بالكربون، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا المحرر صورة منقولة عن أصلها ليس لها حجية في الإثبات فإن الحكم إذ بني قضاءه بعدم قبول دعوى التزوير يعد معيباً بالخطأ في تطبيق القانون"، على العكس قضى بأن مجرد تقديم صورة كربونية لم تصدر من الموظف المختص الذي يشهد توقيعه عليها بمطابقتها للأصل، لا يلزم الحكم بأن يعرض لهذا المستند الذي يفتقد حجيته في الإثبات[٢٠٨].

وهذا الحكم يتفق مع حكم فرنسي شهير ذهب إلى أن استخدام الكربون يولد أصلاً وليس صورة لأن الشرط الأساسي في التوقيع هو حركة اليد وهذه الحركة واردة بشأن النسخة الكربونية. فوفقاً لعبارة المحكمة أن التوقيع الناشئ عن استخدام الكربون يتساوى مع التوقيع الخطي الذي يوضع في توقيت واحد على

---

(٢٠٨) نقض مدني ١ من فبراير/ شباط سنة ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، س٤١ رقم٧٤ ص٤١٠.

ورقتين منفصلتين (٢٠٩). ورغم ما يؤكده الخبراء من سهولة تزوير المحررات بهذا الطريق ولا سيما عن طريق دس ورقة الكربون بين مستندات أخرى يحررها الشخص فينتقل توقيعه من هذه المستندات إلى الأوراق الأخرى الموجودة تحتها(٢١٠).

---

(209) Tribunal Civil de Rennes. 22 Nov. 1957, D.H. 1958 p. 631 et la note suivante de Jean Chevallier.

وينتقد المؤلف الأخير هذا الحكم على أساس أن مفهوم التوقيع في فرنسا غير مشروط بالحركة اليدوية فحسب، بل أيضاً بنسبة التوقيع إلى صاحبه بصورة مشروعة. ويؤكد أن القضاء الفرنسي قد استند إلى هذا الأخير ليرفض بل أيضاً بنسبة التوقيع إلى صاحبه في هاتين الحالتين مؤكدة مع ذلك، فإنه لا ينكر أن ظروف هذه الدعوى كانت تسمح للمحكمة بالاعتقاد في جدية نسبة النسخة الكربونية إلى صاحب التوقيع لا سيما وأن الأصل كان موجوداً وضاهته المحكمة بالنسخة الكربونية. فكل ما عابه على المحكمة هو أنها صاغت حكمها في عبارات توحي بأنها تقرر مبدأ عاماً مقتضاه اعتبار أن استخدام الكربون يؤدي إلى وجود نسخ، وليس صوراً، كربونية.

ومن جانب آخر، أتيحت لمحكمة استئناف فرنسية فرصة التعبير في هذه المسألة فقالت برأي عكسي مفاده أن ما يصاحب الكربون من احتمالات التزوير يجعل ما يتولد عن استخدامه من محررات من مجرد صورا وليس نسخاً :

(C.A. Toulouse, 4 Déc. 1968. D.S. 1969. p.673 et la note anonyme suivante)

لا يوجد تعارض بين الحكمين، ففي الأول ثبت للمحكمة من تقديم الأصل أن النسخة الكربونية مطابقة تماماً للنسخة الخطية، في حين أن في الثاني كانت الظروف ناطقة بأن المستند الكربوني المقدم ناتج عن عملية تزوير رغم أن القضاء الجنائي قد أبرأ مساحة مقدم النسخة الكربونية من تهمة النصب بعد أن عجز الخبراء عن التوصل بصورة قطعية إلى كون المستند المطعون فيه محصلة تزوير، بعبارة أخرى ، أن البراءة نتجت عن أعمال الشك لصالح المتهم. ويضاف إلى ذلك أن المحكمة الأخيرة قد اعتنقت هذا الرأي رغم أن العقد موضوع الدعوى كان عقداً تجارياً جائز الإثبات بكل طرق الإثبات ورفضت أن تمنح المستند الكربوني أية حجية بعد أن أحاطت ظروف الدعوى بالشكوك.

(٢١٠) أنظر في ذلك : F. Chamoux, La preuve dan les affaires.., op. cit., p. 129

ومن هذا الرأي أيضاً شنب رقم ٥٠ ص ٦٦

وهذا الرأي هو الذي يتبناه القضاء الكندي أيضاً رغم معارضة الفقه لذلك على أساس أن ملازمة الكربون للأصل يجعل من الورقة التي تنطبع عليها الكتابة الأصلية نسخة أصلية :

S.A.Schiff, Evidence in the litigation process, Toronto 1983. (Tome 2) p. 767.

الفصل الثاني
المحرر الرسمي

نعرض فيما يلي لموضوعات سبعة هي على التوالي شروط المحرر الرسمي (المبحث الأول)، حجية المحرر الرسمي (المبحث الثاني)، حجية صور الأوراق الرسمية (المبحث الثالث)، قرينة السلامة الملازمة للمحرر الرسمي (المبحث الرابع)، حجية المحررات الرسمية (المبحث الخامس)، المحررات العرفية (المبحث السادس)، وأخيراً إجراءات الإثبات بالكتابة (المبحث السابع) وذلك على التفصيل التالي:

المبحث الأول
شروط المحرر الرسمي

نتعرض في هذا المقام لمواضيع ثلاثة وهي صدور المحرر من موظف عام (أولاً)، وصدور المحرر من مختص موضوعياً وزمانياً ومكانياً (ثانياً)، وأخيراً صدور المحرر وفقاً للأوضاع القانونية (ثالثاً) وذلك كله على النحو التالي:

أولاً: صدور المحرر من موظف عام أو مكلف بخدمة عامة، فيكتفي بالتوقيع على المحرر الرسمي من موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أو موكل من يشغل وظيفة عامة في حدود ما يتم على يديه فإذا فقد المحرر هذا الشرط، فقد الرسمية ووقع باطلاً، والأمثلة على ذلك كثيرة فالمحضر موظف عام بالنسبة لما

يعلنه من أوراق وصحف دعاوى[٢١١]، والقاضي موظف عام بالنسبة لما يصـــدره من أحكام[٢١٢]، وكاتب الجلسة موظف عام بالنسبة لما يدونه من محاضر جلســات تحقيق أو محاكمة[٢١٣]، والموثق موظف عام بالنسبة لما يتم على يديه مـــن عقــود وتصرفات والشرطي محرر محضر الاستدلالات بناءً على شكوى قدمت إليـــه أو أثبت فيها ما أدلى به ذو الشأن من أقوال أمامه فيها حيث يكتفى أن يكون الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة والذي يتولى تحرير الورقة مختصاً بكتابتها من حيث طبيعتها وأن يراعي الأوضاع القانونية المتطلبة في تحريرها[٢١٤].

ثانياً: صدور المحرر من مختص موضوعياً وزمانياً ومكانياً:[٢١٥]

الاختصاص الموضوعي، فلا يكون بالمختص مانع أو سبب يلزمه بالامتناع عن إتمامه على يده، كأن يكون الموثق قريباً له للدرجة الرابعة أو مصاهراً لـــه أو كفيلاً أو وكيلاً لأحد ذوي الشأن في المحرر المعني.

الاختصاص الزماني، فيصدر المحرر خلال الفترة الزمنية لتـــولي العمـــل المعني، على أن لا يعتد بقرار النقل أو العزل أو النـــدب إلا مـــن تـــاريخ إبـــلاغ الموظف به، كما لا ينظر إلى ما يتولاه موظف فعلي عين بقرار باطل لصدوره من غير مختص أو لمخالفته للقانون. مفاد ذلك أن التمسك بتحرير المحرر بعد صدور قرار العزل، يسحب عن المحرر وصف الرسمية لانتفاء الشرط الثاني، وقد طبـــق

---

(٢١١) لا تقبل المجادلة في صحة ما أثبته المحضر في أصل الإعلان ما لم يطعن على هـــذه البيانـــات بالتزوير: نقض مدني ٢٨ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني، س٢٦ رقم١٦٤ رقم ٨٤٠.

(٢١٢) ولا عبرة بمسودة الحكم "باعتبارها ورقة لتحضيره" عند أخذ الصـــورة التنفيذيـــة مـــن النســـخة الأصلية المجهزة من الكاتب والموقعة من القاضي أو رئيس المحكمة التي نطقت بـــالحكم: نقـــض ٢٧ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٣ (طعن رقم ١٣٩٩ س ٤٨ ق).

(٢١٣) نقض ١٧ من فبراير/ شباط سنة ١٩٧٣، مجموعة المكتب الفني، س ٢٤ رقم٤٥ ص ٢٥٥ في حين أن هذا الوصف ينسحب عن كاتب الجدول فيما يدونه من قرارات في جلسات حيث العبـــرة بالمحاضر نفسها.

(٢١٤) نقض مدني ٢٤ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم٢٥٧ ص١٣١٥.

(٢١٥) محمد حسين منصور ص ص ٦٠: ٦٢.

القضاء هذا الحكم على محرر صدر من الممثل القانوني للنقابة بعد عزله، حيث أعتبر التمسك هذا الدفاع، دفاع جوهري يحتمل أن يتغير وجه الرأي في الدعوى، وهو ما يحوز الحكم بالقصور[٢١٦].

الاختصاص المكاني، فيصدر المحرر داخل الدائرة المحددة للموظف أو المكلف بخدمة عامة لمباشرة عمله فحسب، علماً بأن التوثيق يتم دون تقيد بمكتب بعينه.

فإذا فقد المحرر هذا الشرط وقع باطلاً تطبيقاً لذلك قضى بأن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى نفي صفة الرسمية عن المحاضر التي حررتها جهة الإدارة المحلية (مجلس مدينة مطاي) لتسوية المنازعات الايجارية على أرض زراعية، لصدورها من موظفين غير مختصين بتحريرها، كما نفى عنها صفة المحرر العرفي لكونها لم تتضمن توقيع المطعون ضده الأول لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه[٢١٧].

ثالثاً: صدور المحرر وفقاً للأوضاع القانونية، وهو ما يعني ضرورة التزام محرر المحرر بما فرضه القانون في هذا الشأن، وهو ما يختلف بالنسبة لكل محرر حسب نوعه.

على أية حال فالجزاء واحد، وهو البطلان، ما دام ما يفرضه القانون من أوضاع " يعد جوهرياً ". مثال ذلك فرض بيان أسماء أطراف المحرر الموثق، على العكس فإن سداد الرسم وترقيم الصفحات يعد من الأوضاع " غير الجوهرية "، وقد قضى بأن مباشرة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة لإجراء معين لا تقطع بمجردها في توافر الشروط اللازمة لاختصاص به ... فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى نفي صفة الرسمية عن المحاضر ... المشار إليها لصدورها من موظفين

---

(٢١٦) نقض مدني ٢٧ من مايو/ آيار سنة ١٩٧١، مجموعة المكتب الفني س٢٢ رقم١١٥ ص ٧٠٢.

(٢١٧) نقض مدني ٢٦ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، س٤١ رقم٣٢٩ ص١٠١٠.

غير مختصين بتحريرها كما نفت عنها صفة المحرر العرفي لكونها لم تتضمن توقيع المطعون ضده الأول لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه[٢١٨].

ويلاحظ أن فقدان الرسمية، لا يعني تجرد المحرر من كل حجية حيث يحظى بقيمة المحرر العرفي بشرط توقيع ذوي الشأن عليه بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم، اللهم إذا كانت الرسمية شرط انعقاد للتصرف، فيعني تخلفها تجرد المحرر من كل قيمة [٢١٩]، يستوي في ذلك أن تكون الرسمية متطلبة قانوناً أو اتفاقاً[٢٢٠].

ويلاحظ أن كل محرر رسمي مستوف لشرائطه لا يعد بالضرورة سنداً تنفيذياً يمكن بموجبه انقضاء الحق الثابت فيه، حيث حدد قانون المرافعات المدنية والتجارية، حصراً، السندات التنفيذية، فلا تثبت قوته التنفيذية! لا لما أسبغ عليه المشرع هذه القوة، ومن هنا صح القول بأن كل سند تنفيذي محرراً رسمياً، ولكن ليس كل محرر رسمي سنداً تنفيذياً[٢٢١].

المبحث الثاني
حجية المحرر الرسمي

نتعرض في هذا المقام لموضوعين اثنين وهما حجية المحرر الرسمي من حيث الأشخاص (أولاً) وحجية المحرر الرسمي حسب الموضوع (ثانياً).

---

(٢١٨) نقض مدني ٢٦ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، س٤١ رقم٣٢٩ ص١٠١٠.

(٢١٩) محمد حسين منصور ص ٦٣.

(٢٢٠) سلطان رقم ٣٧ ص ٤٨: ٤٩.

(٢٢١) همام زهران، ص ١٤٦: ١٤٧.

أولاً: حجية المحرر الرسمي من حيث الأشخاص: يحتج بالمحرر الرسمي على الكافة بما فيهم – بطبيعة الحال – المتعاقدين والغير وليس في وسع أي من هؤلاء نقض حجية المحرر الرسمي إلا بولوج الطعن بالتزوير.

ثانياً: حجية المحرر الرسمي حسب الموضوع: صورتان:

الصورة الأولى: أمور دونها الموظف بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره (نوع أول)، و أمور قام بها ذوو الشأن بالقول أو الفعل أمام الموظف (نوع ثان)، ولهذه الأمور حجية رسمية لا تنقضي إلا بطعن التزوير.

الصورة الثانية: أمور دونها الموظف بعد أن تلقاها من ذوي الشأن بإقرار منهم فحسب، وهذه الأمور يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير دون إخلال بحق المشتري في إثبات صورية "القبض" باعتبار أن الموظف " الموثق " لم يطلع على حقيقة الأمر في هذا الخصوص، ومن ثم فإن أمانة الموثق ليست محلاً لجدل أو شك، فيجوز الطعن من الواقعة وإثبات عكسها بكل طرق الإثبات، دون حاجة إلى ولوج طريق الطعن بالتزوير.

خلاصة القول أن العبرة ليست في أن الإقرارات أفرغت في ورق على يد موثق، وإنما ينظر إلى طبيعة كل إقرار، هل دون الموظف بنفسه أو وقع من ذوي الشأن في حضوره أو قام به ذوو الشأن، بالقول أو بالفعل، أمامه، فتكون لها حجية رسمية وفي شأن أي أمور أخرى خلاف ما تقدم، فليس لها حجية رسمية.

مفاد ذلك أن الطعن بالتزوير متطلب فقط بالنسبة لما له حجية رسمية بهدف إثبات عكس ما أثبته الموظف المختص في هذا النطاق، أما ما ليس له حجية رسمية فيكون إثبات عكسه بكل الطرق.

المبحث الثالث
حجية صور الأوراق الرسمية

نتعرض في هذا المقام لموضوعين اثنين وهما الأصل والصورة "القاعدة العامة" (أولاً) ودرجة حجية الصورة (ثانياً).

أولاً: الأصل والصورة: القاعدة العامة:

لا ينطبق وصف المحرر الرسمي إلا على الأصل دون الصورة، فالأصل يحمل التوقيعات أما الصورة، فهي مجرد صورة ليس عليها توقيعات، فإذا وضعت عليها التوقيعات كانت أصلاً، وإذا اكتفى بوضع عبارة "صورة طبق الأصل" تحولت إلى ورقة رسمية "باعتبارها صورة لا أصلاً"(٢٢٢)، ويكفي من ثم إنكارها ليلتزم مقدمها بتقديم أصلها ليراجع عليها لتحري مدى المطابقة"ولو لم يكن الإنكار معززاً بدليل"(٢٢٣)، وهي مطابقة وجوبية ليس للقاضي أن يعرض عنها مادام الإنكار قد صدر منه، ثم التمسك بالورقة عليه(٢٢٤).

مفاد ذلك أن عدم الإنكار يحل القاضي من طلب المطابقة، حيث تفترض المطابقة من عدم إنكار من يحتج بالورقة عليه لهذه المطابقة وسكوته عن طلب الأصل.

ثانياً: الأصل والصورة: درجات حجية الصورة: درجتان

نستبعد بداية صورة المحرر الرسمي التي لم تصدر عن الموظف المختص بإعطائها الذي يشهد توقيعه عليها بأنها مطابقة للأصل المحفوظ لديه، فلا تعتبر

---

(٢٢٢) السنهوري جـ٢ ص١٦٣.

(٢٢٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص٣٦١.

(٢٢٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص٣٦١ (حيث استلزمت لجنة المراجعة قيام القاضي بالمطابقة دون سلطة تقديرية في مثل هذا الشأن).

صورة رسمية وإنما مجرد صورة عرفية لا قيمة لها في الإثبات مالم يقبلها خصم من تمسك بها صراحة أو ضمناً.

حجية الصورة مع وجود الأصل: فرضان:

الفرض الأول: إنكار الصورة، بهذا الإنكار تفقد الصورة حجيتها "المؤقتة"[٢٢٥]، ويضحى الرجوع إلى الأصل هو وحده الذي يرد لها اعتبارها، فبالمطابقة تثبت نسبها صحيحاً، ويكون دليل الإثبات في هذه الحالة هو الأصل[٢٢٦] وليس الصور التي أنكرت.

الفرض الثاني: عدم إنكار الصورة، تعامل الصورة معاملة الأصل، مهما بعدت الشقة بين الأصل والصورة، ومهما كانت أداة التصوير (نسخ يدوي أو صورة ضوئية أو صورة شمسية أو صورة مسحية بجهاز الماسح الضوئيScanner أو غير ذلك).

حجية الصورة مع عدم وجود الأصل: ثلاثة:

في حالة فقد الأصل بسبب حريق أو تلف أو سرقة أو غير ذلك، تحل الصورة الرسمية محل الأصل، وتختلف حجية هذه الصورة بحسب مصدر الصورة كالتالي:

١- الصورة الرسمية الأصلية:

وهي تحل محل الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

---

(٢٢٥) تناغو رقم ٧٥ ص١٥٣.

(٢٢٦) تناغو رقم ٧٥ ص١٥٣.

يستوي في ذلك أن تكــون صورة أصلية "تنفيذية" (Grosse) أو "أولـــى" أو "غير تنفيذية" (Première Expédition) (صورة تســلم عقــب التوثيــق) أو صورة أصلية بسيطة (Simple Expédition) (تسلم لمن يطلبها من الخصوم في أي وقت). فكل هذه الصور تتمتع بحجية الأصل على التفصيل المتقدم.

وجدير بالذكر أن الأصل عند التوثيق (Minute Original) لا يسلم لذوي الشأن بل يحفظ لدى الموثق، وتسلم صورة أصلية.

فإذا طلب القاضي الأصل، فيحرر بديل موقع من القاضي المنتدب للتحقيق والكاتب والموظف الذي سلم الأصل، إلى حين إعادة الأصل، ليحل الأصل محــل هذه الصورة الرسمية الأصلية البديلة بعد رده.

٢- الصورة الرسمية المأخوذة عن صورة أصلية:

لما كانت الصورة الرسمية تأخذ حجية الأصل، فصورة الصورة تأخذ أيضاً حجية الأصل المشترك، حيث تفترض مطابقة الصورة للصورة الأصــلية مثلمــا افترضنا مطابقة الصورة الأصلية للأصل.

وتدق المشكلة إذا فقدت الصورة الأصلية ولم تتيسر عملية المطابقة، فــلا يكون لهذه الصورة حجية في الإثبات إلا على سبيل الاستئناس[٢٢٧]، وإن كان مــن الفقه من يعتبرها مبدأ للثبوت بالكتابة[٢٢٨]، ومنه من يعتبرها في حكــم الصــورة الأصلية متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لها[٢٢٩].

٣- الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية:

فتعد هذه الصورة "صورة ثالثة"، ومن ثم فإن نسبها إلى الأصل "ضعيف"[٢٣٠]، فلا يؤخذ بها إلا سبيل الاستئناس شأنها شأن القرائن[٢٣١]. ويرقى نسب هذه الصورة في

---

(٢٢٧) السنهوري جــ٢ ص١٦٩.

(٢٢٨) الصدة ص١٠٤ وأحمد نشأت جــ١ رقم١٧٢ ص٢٥٤.

(٢٢٩) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس، القاهرة ط٥ عام ١٩٩١ أصول الإثبات،ط٢ رقــم ٢١ الواقعــة المنتجة ص٧٠.

(٢٣٠) تناغو رقم ٧٦ ص١٥٦.

معاملة الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية باعتبارها "صـــورة ثانيـــة" ولـــيس "ثالثة".

المبحث الرابع
قرينة سلامة المحرر الرسمي
الأصل – الصورة

تقوم قرينة على سلامة المحرر الرسمي من الناحية المادية ومـــن ناحيـــة نسبتها إلى من وقع عليها، فلا يجوز دحض هذه القرينة إلا بولوج طريق الطعـــن بالتزوير. مع ذلك فللمحكمة إن تشككت في " المظهر الخارجي للورقة " أن تـــدعو محرره لتتبين حقيقة الأمر، وهو أمر دارج في حالة وجود كشط أو محو أو تحشير أو غير ذلك. فإذا تأكدت المحكمة من نفسها بالنظر إلى ظروف الدعوى أو حالـــة الورقة، جدارة الورقة بالرد والبطلان فلهـــا أن تقضـــي بـــذلك شـــريطة تســـبيباً سائغاً[٢٣٢]. تطبيقاً لذلك قضى بأن الطعن على الحكم بمخالفة القانون إن هي عولت في قضائها على ما ورد في سجل المحكمة الشرعية عن بيان العين الموقوفة دون ما ورد بالحجة المقدمة من الطاعنين، يكون في غير محله[٢٣٣].

ويكون الطعن بالتزوير بدعوى أصلية أو فرعية، ويتم الإثبات بكل طـــرق الإثبات أياً كانت قيمة السند المدعى بتزويره[٢٣٤]. فإذا قضت المحكمة بـــالتزوير، فيتعين أن يكون حكمها في الادعاء بالتزوير سابقاً على الحكم في موضوع الدعوى

---

(٢٣١) فلا تعد مبدأ ثبوت بالكتابة: السنهوري جـــ٢ ص١٧١.

(٢٣٢) نقض مدني أول فبراير/ شباط سنة ١٩٦٨، مجموعة المكتب الفنـــي، س١٩ رقـــم٣١ ص١٩٥، و٩ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٨٣، مجموعة المكتب الفني، (طعن رقم ٢٢١س٥٠ق).

(٢٣٣) نقض مدني ١٧ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٥١، مجموعة الربع قرن ص٣٨.

(٢٣٤) نقض مدني ١٧ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٧، مجموعـــة المكتـــب الفنـــي س١٨ رقـــم١٥ ص١٠١.

"الأصلية"، ولو كان القضاء فيه صادراً من محكمة الاستئناف بتأييد أو إلغاء الحكم المستأنف[٢٣٥]. وبديهي أن نزول الخصم عن التمسك بالورقة المدعى بتزويرها لا يحرمه من التمسك بالجزء الذي لم يدع بتزويره منها " لو كان التزوير المدعى به وارداً على جزء منها فقط "[٢٣٦].

المبحث الخامس
حجية المحررات الرسمية

نتعرض في هذا المقام لمواضيع ثلاثة وهي حجية أصل المحرر الرسمي (أولاً) وحجية صورته (ثانياً) وحجية المستخرجات منه (ثالثاً).

أولاً: حجية أصل المحررات الرسمية:

تلازم قرينة السلامة المحرر الرسمي ما لم يكمن في مظهره الخارجي ما ينال منها. وبديهي أن تزول هذه القرينة إذا لم يكتب المحرر بخط واضح بلا محو أو شطب أو تحشير. تطبيقاً لذلك مثلاً استوجب المشرع (لائحة الموثقين المنتدبين) في المحرر الموثق هذا كله، واستوجب إذا وقع خطأ بالزيادة في الكتابة أن يؤشر على الكلمات الزائدة ويشار إلى إلغائها في الهامش أو في نهاية الوثيقة مع بيان عدد الكلمات الملغاة أو السطور الموجودة فيه، وإذا كان الخطاب بالنقص يزاد ما تلزم

---

(٢٣٥) مالم يكن القضاء بعدم قبول الادعاء بالتزوير لأنه غير منتج، ففي هذه الحالة تفتقد الحكمة التي ترمي إلى الفصل بين الادعاء بالتزوير وبين الحكم الموضوعي، طالما ليس من ورائه تأثير على موضوع الدعوى ولا يكون ثمة داع ليبق الحكم بعدم قبول الادعاء بالتزوير الحكم في الموضوع: نقض مدني ٢٧ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني س٢٩ رقم٣٣٩ ص٢٠٤٦.

(٢٣٦) نقض مدني ٢٨ من مارس/ آذار سنة ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، س١٧ رقم١٠٠ ص٧٤٠.

زيادته كذلك، ويوقع الموثق المنتدب على جميع ما ذكره هو ومن وقع على العقد وإلا كان كل حذف أو إضافة أو تغيير لا قيمة له في الإثبات.

ونفرق فيما يلي بين حجية الأصل من حيث الموضوع، وحجيته من حيث الأشخاص:

١- حجية أصل المحررات الرسمية من حيث الموضوع: تقتصر الحجية على ما دونه الموظف العام من بيانات في الأصل في حدود مهمته أو صدر من ذوي الشأن في حضوره وتحت بصره باعتباره أنه قد شنى له التحقق من صحتها، وذلك كله احتراماً لهيبة الدولة ممثلة في الموظف العام صاحب السلطة والاختصاص[٢٣٧]، ولما في إنكارها " من مساس بالأمانة والثقة المتوفرين فيه "[٢٣٨].

تطبيقاً لذلك لا يعد بياناً رسمياً بالنسبة للطالب الذي يقدم لمصلحة المساحة لمراجعة عقد أو استمارة التغيير التي تحررها المساحة " إلا البيان الفني الذي تضمنته[٢٣٩]، أو صفة القرابة التي أثبتها الموثق في محرر رسمي وثقه،[٢٤٠] أو واقعة قبض الثمن حيث تقتصر الحجية على الإقرار بقبضه أمام الموثق، [٢٤١] أو من المتوفى وعمله وجنسيته وديانته حيث تقتصر الحجية على الشخص المتوفى في شهادة الوفاة وحدها "[٢٤٢].

---

(٢٣٧) همام زهران، ص ١٤٩.

(٢٣٨) نقض مدني ٢٧ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨ رقم١٨٦ ص١٠٨٤.

(٢٣٩) نقض مدني ٢ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٥٥، مجموعة المكتب الفني، س٦ رقم ١٦١ ص١٢١٤.

(٢٤٠) همام ص ١٥١.

(٢٤١) سلطان رقم ٤٠ ص ٥٣.

(٢٤٢) نقض مدني ٢٧ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٧٧، س٢٨ رقم١٨٦ ص ١٠٨٤، حيث قضي بجواز الإحالة إلى التحقيق بإثبات ما أدلى به ذو الشأن من بيانات باعتبارها جميعاً وقائع مادية.

٢- حجية أصول المحرر الرسمي من حيث الأشخاص، " الورقة الرسمية حجة لا بالنسبة للمتعاقدين وحدهم، بل وبالنسبة للغير كذلك "[٢٤٣] ، فتنصرف هذه الحجية إلى أطراف المحرر وخلفهم العام والغير ومنهم الخلف الخاص والدائن الشخصي لأطراف التصرف[٢٤٤].

ثانياً: حجية صور المحررات الرسمية: فرضان :

تنطبق الأحكام التالية ما لم يقبل الخصم، صراحة أو ضمناً، الصورة المقدمة[٢٤٥]:

الفرض الأول: حجية الصورة الرسمية الأصلية مع وجود الأصل:

تقتصر هذه الحجية على النسخة الأصلية المستنسخة بمعرفة الموظف المختص وتحمل توقيعه وخاتم المكتب من الأصل المحفوظ لديه وحدها ، أما النسخ الأخرى سواء أكانت صوراً شمسية أم خطية أم تنفيذية أو حتى صورة رسمية أصلية " أولى "، فهي تستفيد من قرينة الصحة وهي قرينة تلازم هذه الصورة متى خلا مظهرها مما يضعف الثقة فيها ويثير شبهة العبث والتلاعب[٢٤٦]، وقد حرص المشرع لذلك على أن يلزم القاضي حال وجود منازعة جدية صريحة في إنكار مطابقتها للأصل، أن يستحضر الأصل لمطابقته ومضاهاته مع الصورة الرسمية الأصلية ليتحرى مدى صحة المنازعة. فإذا لم يطمئن القاضي لجدية المنازعة أو وجدها غير صريحة وإنما يستهدف صاحبها اللدود في الخصومة أو " إطالة أمد

---

(٢٤٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٣، ص ٣٥٥.

(٢٤٤) همام ص١٥٣.

(٢٤٥) قضى بأن تقديم الطاعن وهو المكلف بالإثبات صورة عقد البيع الذي يستند إليه في دفاعه في الدعوى على أساس أنها مطابقة للأصل وكان المطعون عليهم ولم ينكروا عليه ذلك، فإن مطابقة الصورة للأصل تكون بذلك غير متنازع فيها ومن ثم ليس في حاجة إلى إثبات ،ولهذا لا يجوز بعدم اطلاع المحكمة على أصل العقد الذي قضت بصورتين والمودع بالشهر العقاري: نقض مدني ٢٦ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٧٣ مجموعة المكتب الفني، س٢٤ رقم١٦٨ ص٩٦٧.

(٢٤٦) همام ص ١٥٤.

النزاع "، كان عليه طرح المنازعة. تطبيقاً لذلك قضي بأن يحدد القول بأن محاضر البوليس ليست من أدلة الإثبات المدنية لا ينطوي على منازعة في مدى التطابق بين صورة المحرر وأصله[٢٤٧].

الفرض الثاني: حجية الصورة الرسمية الأصلية مع عدم وجود الأصل: حالات ثلاثة:

- **الحالة الأولى:** الصورة الرسمية الأصلية، وهي صورة تنتقل من أصل السند الرسمي مباشرة بواسطة موظف عام مختص، سواء أكانت تنفيذية أم غير تنفيذية، ويمنحها المشرع حجية الأصل ما دام مظهرها الخارجي لا يدع مجالاً للشك في مطابقتها للأصل.
- **الحالة الثانية:** الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية، وهي صورة مستنسخة من الصورة الرسمية الأصلية، ولها نفس حجية الصورة المأخوذة منها مع جواز مراجعتها على الصورة الأخيرة بناءً على طلب أياً من – ذوي الشأن – فإذا لم تكن الصورة الرسمية الأصلية موجودة امتنعت حجية هذه الصورة المستنسخة فلا يؤخذ بها إلا على سبيل الاستئناس.
- **الحالة الثالثة:** الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية، وهي صورة من صورة من صورة، ومن ثم فلا يؤخذ بها إلا على سبيل الاستئناس.

ثالثاً :حجية المستخرجات الرسمية:

على الرغم من خلو القانون مما يفيد نطاق حجيتها إلا أن كونها ليست أصلاً أو حتى صورة لورقة رسمية، يحسر عنها الحجية المقررة قانوناً لأصل أو صورتها لينبسط عليها سلطان قاضي الموضوع في تقدير الدليل المستمد منها[٢٤٨]، وتقتصر قيمتها على الشق الذي ينقل فيها عن الأصل[٢٤٩].

---

(٢٤٧) نقض مدني ٢٤من مايو/ آيار سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٩ رقم٢٥٧ ص ١٣١٥.

(٢٤٨) نقض مدني ١٨ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٦٣، مجموعة المكتب الفني، س١٤ رقم٧٧ ص ٥٤٣.

ويرى البعض أن للمستخرج حجية في حدود مطابقته للمحـــرر الرســـمي الأصلي متى كان مظهره لا يسمح بالشك في ذلك، على أساس أنه مجرد تلخـــيص من الموظف المختص لمضمون محرر رسمي اصلي، وهو تلخيص موقع من هذا الموظف. فإذا ثار الشك في المطابقة، فلن يحتج به تجاهـــه أن ينـــازع فـــي دقـــة التلخيص، لتعين على القاضي استحضار الأصل لمطابقته(٢٥٠).

المبحث السادس

المحررات العرفية

يقصد بالمحرر العرفي كل محرر لا يتدخل في تحريـــره موظـــف عـــام، وتستمد حجيتها من التوقيع عليها. وقد قضى بأنه " .. إذا كان المحرر مكوناً مـــن أكثر من ورقة منفصلة ذيلت الورقة الأخيرة منه بتوقيع من يراد الاحتجاج به عليه فإنه لا يشترط في هذه الحالة توقيعه على سائر أوراقه متى قام الدليل على اتصال كل منهما بالأخرى اتصالاً وثيقاً بحيث تكون معاً محرراً واحداً، وهي مسألة مـــن مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع بما له من سلطة في تقدير الـــدليل، مما مؤداه أن هذا المحرر بكل ما اشتملت عليه أوراقه يكون حجة على من وقـــع على الورقة الأخيرة منه ويحاج على خلفه العام من بعده(٢٥١)، ونفرق عـــادة بـــين محررات عرفية معدة للإثبات، وأخرى غير معدة للإثبات.

المطلب الأول

(٢٤٩) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٦٥.

(٢٥٠) همام ص ١٥٧ هامش رقم ٣ .ويحيى ص ١٥٨.

(٢٥١) نقض مدني ١٨ من سبتمبر/ أيلول ســـنة ١٩٩٤، مجموعـــة المكتـــب الفنـــي س٤٥ رقـــم٢٣٠ ص١٢٢١.

المحررات العرفية المعدة للإثبات

يقصد بالمحررات العرفية المعدة للإثبات، المحررات التي توقع من ذوي الشأن، ولها حجية كاملة على من تحمل توقيعه مالم يذكره (مادة ١٤ إثبات).

أولاً: شروط المحرر العرفي:

كل محرر موقع ممن أصدره، سواء أكان هذا التوقيع باسم الموقع كاملاً أو باسم شهرته أو حتى اسمه المستعار الذي اعتاد استخدامه، " وحينئذ يغني من كانت الإقرارات لصالحه عن تقديم دليل آخر يؤيدها، ويلغي عبء إثبات عكسها على من وقع المحرر "[٢٥٢]

التوقيع على بياض، ويكون على ورقة بيضاء، يكل فيها الموقع إلى المتعاقد معه مهمة تعبئة الناقص من البيانات.

وليس للغير التمسك بحجية هذه الورقة إلا إذا كان حسن النية، تعامل على أساس، دون فيها. فإذا ثبت سوء النية، فإذا كان الغير قد توصل إلى الحصول على هذه الورقة بطريقة الغش والخداع[٢٥٣]، فيجوز إثبات الغش والخداع بكل طرق الإثبات باعتباره احتيال نحو القانون.

ثانياً: حجية المحرر العرفي: ثلاثة وجوه:

---

(٢٥٢) نقض مدني ٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٦، مجموعة المكتب الفني، س٣٧ رقم٦٦ ص ٣٠٢.

(٢٥٣) سلطان رقم ٤٣ ص ٥٨.

يتوقع المحرر العرفي، بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع، تكون له حجية في الإثبات حيث هذا التوقيع هو "المصدر القانوني الوجيه لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية "[٢٥٤] ،ويحتاج الأمر بعض التفصيل كالتالي:

الوجه الأول: حجية بصدور من وقّعه[٢٥٥]، يعتبر المحرر العرفي صادر ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة (مـــادة ١/١٤ إثبات).

وبإنكار التوقيع، ترتفع عن المحرر حجيته حتى ينتهي التحقيق القضائي في شأنه إما ثبوت صحته وإما ثبوت عدم صحته.

وجدير بالذكر " .. أن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالختم بل لا يعــرف إلا إنكار بصمة الختم... فإن اقتصر على إنكار المدون في الورقة كله أو بعضـــه فإنه لا يكون قد أنكر الورقة العرفية بالمعنى المقصود في المادة ١٤ إثبات ... ولا يستطيع هذا الخصم التنصل بما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضـــاؤه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح على الورقة التي عليها التوقيع وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك بدعوى تزوير يسار فيها بالطريق القـــانوني "[٢٥٦]، ففـــي حالة الإنكار تأمر المحكمة بإجراء التحقيق ولم يحدد لها المشرع طريقتـــه قاصـــداً بذلك " .. أن يكل للمحكمة اختيار الطريقة التي تراها مؤدية إلى ظهور الحقيقـــة، فلها التحقيق بالبينة أو بالمضاهاة أو بهما معاً "[٢٥٧].

---

(٢٥٤) نقض مدني ٣١ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س ٢٩ رقـــم٧١ ص ٣٥٧.

(٢٥٥) نقض مدني ١٢ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني، س٣٠ رقـــم٣٨٥ ص ٢٣٥.

(٢٥٦) نقض مدني ٢٦ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتـــب الفنـــي، س ٢٩ رقـــم٦٩ ص٣٤٤.

(٢٥٧) نقض مدني ٢٩ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٤٩، مجموعة المكتـــب الفنـــي، س١ رقـــم٣٨ ص١٢٥.

ويشترط القانون في الإنكار أن يستجمع صفتين أولهما الصراحة وثانيهما الجزم، فلا يكفي مجرد التشكيك في المحرر حيث ليس في ذلك ما يؤكد أضرار المنكر على إنكاره "[٢٥٨]، كذلك لا يكفي إنكار المدون في المحرر كضرار بعض حيث لا يعد إنكار المحرر العرفي بالمعنى المقصود في المادة ١٤ إثبات كي لا يعد إنكاراً عدم الإفصاح عن بيان المستند الذي تمسك به أمام محكمة الموضوع ودلالته و أثره في مدى سلامة الحكم[٢٥٩].

علماً بأن الوارث أو الخلف يكتفي في شأنه بعدم العلم، فيكفي أن يقرر أن لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو تلقي عنه الحق، شريطة أن يدعم إقراره يمين العلم (مادة ٢/١٤ إثبات)، وقد قضي في هذا المعنى أن "الدفع بالجهالة صورة من صور الطعن بالإنكار[٢٦٠] وإن كان المشرع قد خفف أحكامه على الوارث لأن كل ما يستطيع أن يؤكده هو عدم علمه بصحة التوقيع ولا يطلب منه أكثر من ذلك"[٢٦١].

ولا مجال للاكتفاء بالإنكار إذا كان المحرر مصدقاً على صحة التوقيع عليه، حيث يسبغ صفة الرسمية على المحرر[٢٦٢]، ويكون الطريق الوحيد المقبول قانوناً للإنكار هو ولوج طريق الطعن بالتزوير. ويتعين ولوج الطريق نفسه إذا انصب الإنكار على الختم، بأن أقر صاحبه أن الختم الموضوع على الورقة هو ختمه ولكنه نكر توقيعه على هذه الورقة بعينها. وقد قضت محكمة النقض بأن

---

(٢٥٨) نقض مدني ١١ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٤، مجموعة المكتب الفني، س٣٥ رقم١٨٤ ص٩٧٧.

(٢٥٩) نقض مدني ٢٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، س٣٨ رقم١٣٢ ص ٦١٢.

(٢٦٠) نقض مدني ٢٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، س٣٨ رقم١٣٢ ص٦١٢.

(٢٦١) نقض مدني ٢٣ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س ٩ رقم٢٥٣ ص ١٢٩٧.

(٢٦٢) نقض مدني ٢٨ من مارس/ آذار سنة ١٩٦٨، مجموعة المكتب الفني، س١٩ رقم٩٤ ص٦٢٣.

الإعلان عن فقد الختم في صحيفة أو أكثر لا يعد حجة علـــى المتمســـك بورقـــة مختومة بهذا الختم[٢٦٣].

وجدير بالذكر " أن مناقشة موضوع المحرر تبعية، لتكون جادة منتجـــة أن تكون وليدة الاطلاع على هذا المحرر، وهو ما يمكن من التحقق من نسبة الخـــط والإمضاء أو الختم أو البصمة لمن يشهد على المحرر، من اليسير على هذا الأخير بمجرد هذا الاطلاع، التحقق من هذه النسبة، فإذا لم يذكرها فـــور إطلاعـــه علـــى المحرر، وخاض في مناقشة موضوعه، فإن ذلك منه ما يفيد تسليمه بصـــحة تلـــك النسبة، فإن عاد بعد ذلك إلا إنكارها وقد سارت الدعوى شوطاً بعيداً على أســـاس صحة المحرر، فإنما يكون ذلك استشعاراً منه لضعف مركزه في الدعوى واستغلالاً لنصوص القانون في نقل عبء الإثبات إلى المتمسك بالورقة، ورغبة فـــي الكيـــد والمطل، وهو ما لا يجوز تمكينه منه "[٢٦٤]، وقد قضي بأنه " متى كان المطعـــون عليهم لم يدفعوا بصورية عقد البيع العرفي ــ المنسوب صدوره من مورثهم إلـــى الطاعن الثالث ــ بل أن الخبير هو الذي استبعد العقد من تلقاء نسه قولاً منه أنـــه صوري، وقد انحصر دفاع المطعون عليهم في أنهم لا يعلمون شـــيئاً عـــن العقـــد المذكور، ومن ثم يكون في غير محله تحدي الطاعنين بالمادة ٣/١٤ إثبات التـــي تقضي بأن من أحتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع "[٢٦٥].

كذلك قضي بأن من المقرر قضاء هذه المحكمة أن من احتج عليه بمحـــرر عرفي وناقش موضوعه فان ذلك يعد تسليماً منه بصحة التوقيع عليه ونسبة إلى من

---

(٢٦٣) نقض مدني ١٩ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٥٠، مجموعة المكتب الفنـــي، س١ رقـــم ٥٧ ص ٢٠٧ و ٢٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر، جـــ ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦.

(٢٦٤) المذكرة الإيضاحية للمادة ١٤ إثبات.

(٢٦٥) نقض مدني ٩ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفنـــي، س٢٧ رقـــم٢٩٠ ص١٥٤٠.

وقعه[٢٦٦]، وأن المناقشة المعنية بهذا النص هي المناقشة التي تفيد التسليم بصـــحة نسبة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن يشهد عليه المحرر، وإذا كان دفاع الطاعن أمام محكمة أول درجة قد اقتصر على التمسك بأن السند الأذني المنســـوب له غير صحيح ومزور وليست هناك معاملات مالية أو تجارية بين الطرفين، ثـــم ردد الطاعن هذا الدفاع بطلب قدمه لإعادة الدعوى للمرافعة للطعن بالإنكار أرفـــق به أوراقاً للمضاهاة لتأييده، كما تمسك بهذا الطعن ودلل عليه تفصيلاً في صـــحيفة الاستئناف، وكان ما أيده الطاعن به ذلك الدفاع لا يفيد التسليم بصحة نسبة الورقـــة له، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فانه قد يكون قد خالف القـــانون وأخطأ في تطبيقه و تأويله[٢٦٧].

الوجه الثاني: حجية البيانات، فثبوت حجية المحرر تجعل لبياناتـــه حجيـــة علـــى صاحبها، بغض النظر عما إذا كان هو من موقعها بخطه أو بخط غيـــره[٢٦٨]. ولا تحول هذه الحجية دون تمسك صاحب المحرر بنقض ما ورد فيه من بيانات طبقـــاً لقواعد الإثبات، كأن يقدم ورقة ضد بثمن غير الثمن الوارد فيها، أو بطعن بتزوير لحق بيان فيه بالحذف أو بالإضافة.

الوجه الثالث: حجية في مجال الطعن بالصورية، نؤكد بدايـــة أن الباعـــث علـــى الصورية ليس ركناً من أركان الدعوى بها الباعث الذي أورده مـــدعى الصـــورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه[٢٦٩].

١- **الصورية فيما بين المتعاقدين**، ويكون الإثبات بكل طرق الإثبات ولو خالف أو جاوز ما هو ثابت بالكتابة كلما كان الغرض من الصورية هو التحايل على القانون تحقيقاً لصالح أحد المتعاقدين، كان قصد بها إخفاء سبب يبطل التصرف كأن يكون

---

(٢٦٦) نقض مدني ٢٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، س٣٨ رقم١٣٢ ص٦١٢، و٣١ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٦، مجموعة المكتب الفني، س٤٧ رقم٣٠٥ ص١٦٦٥.

(٢٦٧) نقض مدني ٩ من يونيو/ حزيران ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، س٣٨ رقم١٦٨ ص٧٩٨.

(٢٦٨) نقض مدني ٣٠ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٤، مجموعـــة المكتـــب الفنـــي، س١٥ رقـــم٣٠ ص١٦٦.

(٢٦٩) نقض مدني ١ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٤٩، مجموعة المكتب الفني، س١ رقم١٣ ص٤٨.

الدين دين قمار، أو دين قرض مصحوب بـــربا فاحش، أو هبة لدافع غير مشروع، ففي كل هذه الحالات يكون بصدد مانع من الحصول على سند كتابي يجوز إثباتـــه بكل طرق الإثبات على العكس فإن التحايل المستهدف الإضـــرار بـــالغير ولـــيس المساس بمصلحة المتعاقدين، فتنطبق قاعدة عدم جواز إثبـــات عكـــس الكتابـــة إلا بالكتابة، وقد ضربنا مثلاً بالإضرار بمصلحة الشهر العقاري، حيث يكون الهـــدف هو تقليل ما يتقاضاه من رسوم للشهر.

وفي هذا المعنى قضي بأن مناط القول بأن للبائع أن يثبت بأي طرق مـــن طرق الإثبات أن العقد وبحسب نصوصه الظاهرة بيعاً باتاً، وأنه في حقيقة الأمـــر يستر رهناً حيازياً، جواز استخلاص المحكمة من شهادة الشهود الذين ســـمعتهم أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالي أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصد به في الحقيقـــة أن يكون ساتراً لرهن حيازي فإنه لا يكون قد أخطأ، إذ يكفي فـــي اعتبـــار الإقـــرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التـــي تربطـــه بالعقـــد وإن اختلـــف تاريخهما[٢٧٠] ؟

٢- إثبات الصورية بالنسبة إلى الخلف العام، الأصل أن للخلف، للسلف من حقوق، فليس للخلف أن يسلك في الإثبات سبيلاً ما كان لمورثه أن يسلكه[٢٧١] فلـــه إثبـــات الصورية بكل طرق الإثبات ما دام القصد منها تحقيق مصلحة الطرف ضد مصلحة آخر، فيكون للوارث أو الموصى له بحصة معينة في التركة، إثبات الصورية بكل طرق الإثبات.

(٢٧٠) نقض مدني ١٥ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٤٩، مجموعة المكتب الفني، س ١ رقم٣٠ ص ١٠٢.

(٢٧١) نقض مدني ٦ من فبراير/ شباط سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني س ٤٨ رقم٤٩ ص ٢٥٧.

مع ذلك يختلف الحال إذا كنا بصدد إثبات صورية موجهة إلى الخلف العام نفسه بقصد حرمانه من الميراث، فيكون له إثبات عكس الثابت بالكتابة بكل طــرق الإثبات لوجود مانع حال دون الحصول على دليل كتابي.

وما تقدم ينطبق على الخلف العام الذي يدعى صدور التصرف مــن وارث في مرض موت في تاريخ محدد، حيث يجوز إثبات صورية التاريخ والتصــرف نفسه بكل طرق الإثبات.

٣- **الصورية بالنسبة للغير**، نعرف بداية المقصود بالغير ثم نبين حكم القانون في شأنهم.

٣- أ تعريف الغير فيما يتعلق بالصورية:

يقصد بالغير في هذا الشأن الدائن الشخصي للمتعاقدين وخلفه الخاص:

الدائن الشخصي، هو كل دائن بحق شخصي خال من النزاع قبل أي مــن طرفي العقد، سواء أكان حقه مستحق الأداء أم غير مستحق الأداء، وسواء أكــان سابقاً على التصرف الصوري أم تال له. فيجوز، من ثم، للــدائن البــائع إثبــات صورية عقد البيع تقوية للضمان العام له، فلا يخرج منه المبيع ببيع صوري، ولـــه في هذا الصدد الإثبات بكل طرق الإثبات.

الخلف الخاص، كل من يخلف سلفه، وهو أي من المتعاقدين، في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء معين كالمشــتري والموهــوب لـــه والــدائن والمرتهن والمحال بالدين.

يسري في ذلك أن يكون حق الخلف سابقاً على التصرف الصوري أو لاحقاً عليه، ما دامت له مصلحة في ذلك. مثال ذلك أن يكون البائع قد تصرف مرتين في العين أولها تصرف صوري وثانيها تصرف صحيح، فللمشتري الثــاني التمســك بصورية التصرف الأول، ولو كان مشهراً، دونما اعتدا وبالتاريخ الحقيقي للتصرف الثاني، وسواء أكان هذا التاريخ سابقاً أم لاحقاً على هذا التصرف.

تطبيقاً لذلك قضي بأنه "يجوز لمن كسب من البائع حقــاً علــى المبيــع ــ كمشتر ثان ــ أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده، ولــو كــان العقــد المطعون فيه مسجلاً، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقداً جدياً، كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل لا بد أن يرد على عقد جدي. ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من البائع له إلى مشــتري آخر[(٢٧٢)].

ويثور التساؤل عما إذا كان وصف الغير يلحق بغيــر الــدائن الشخصــي والخلف الخاص لأي من المتعاقدين ؟

يتنازع الفقه والقضاء اتجاهان:

* الاتجاه الأول[(٢٧٣)]: عدم اعتبار الشفيع و المدين المحيــل والمشــفع فــي عقــد الاشتراط غير، ومن ثم لا يسري في حقه إلا التصرف الحقيقي دون الظاهر.

فيكون للشفيع التمسك بالعقد الحقيقي وحده دون الصوري، وللمدين إذا حول الــدين حوالة صورية، فيكون للمدين التخلص من الدين إذا تملك المحــل أو المحــال لــه بصورية الحوالة، بسداد الثمن والمصروفات، ويكــون للمنتفــع أن يــدفع العقــد بالصورية ولو كان المنتفع حسن النية.

* الاتجاه الثاني[(٢٧٤)]: اعتبار الشفيع والمدين للمحل والمنتفع في عقــد الاشــتراط غيراً، وتم له التمسك بالعقد الظاهر أو العقد المستتر حسب مصلحته.

---

(٢٧٢) نقض مدني ٢٩ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٧٣، مجموعة المكتب الفني، س ٢٤ رقــم١٦٨ ص ٩٦٧.

(٢٧٣) السنهوري ، الوسيط جــ ٢ رقم ٦٢١.

(٢٧٤) نقض مدني ٢٣ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٤٤، مجموعة عمر جــ ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢ و ٢٩ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٥٣، مجموعة المكتب الفني س ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١.

ولا يثور ثمة شك في أن الأصل لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى المحرر العرفي الذي وقعه نائباً أياً كانت صفته في النيابة، ويكون المحرر حجة عليه، بناء على ذلك قضي بأن إيصالات سداد الأخيرة تكون حجة على الطاعن في تاريخها ولو لم يقم الدليل على صحة هذا التاريخ باعتباره طرفاً فيها بواسطة وكيله[٢٧٥].

٣- ب ثبوت التاريخ: حسن نية الغير:

(١) الماهية: " الأصل في التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية أن تفترض صحته حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقة تاريخ آخر، ومن ثم فلا يجوز له إثبات ما يخالف التاريخ المكتوب إلا بالكتابة[٢٧٦]، ولا تتعلق هذه الحجية بالنظام العام فإذا لم يتم التمسك بعدم الاحتجاج بالتاريخ الذي حملته المستندات العرفية ولم يتنازع فيما حوته من تنازل، فإن الحكم المطعون فيه إذ عول على ما جاء فيها كقرينة لا يكون قد خالف القانون[٢٧٧]".

يشترط ليتحلل الغير من إثبات عدم صحة التاريخ، أن يتمسك بعدم ثبوته فحسب حالة كونه حسن النية، وتتجلى المحكمة التشريعية التي تبناها المشرع من اشتراط ثبوت التاريخ بالنسبة للغير وهي منع ما يقع في المحررات العرفية عن طريق تقديم تواريخها غشاً وإضراراً بالغير[٢٧٨].

---

(٢٧٥) نقض مدني ١٥من مارس/ آذار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س ٢٩ رقم١٥٠ ص ٧٦٢.

(٢٧٦) نقض مدني ١٩ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، س٤١ رقم١٥٥ ص٩٤٨.

(٢٧٧) نقض مدني ٥ من مايو/ آيار سنة ١٩٩١، مجموعة المكتب الفني، س٤٢ رقم١٦٠ ص١٠٠١.

(٢٧٨) نقض مدني ٢ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٠، مجموعة المكتب الفني، س٣١ رقم٣٨٧ ص٢٠٧٨.

ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بمخالفة الحكم المطعون فيه لقاعدة ثبوت التاريخ بالنسبة للمحرر العرفي، حيث يجوز النزول عنها[٢٧٩].

(٢) الاستثناءات من قاعدة ثبوت التاريخ: استثناءات لا يستلزم فيها ثبوت التاريخ و استثناءات يستلزم فيها ثبوت التاريخ:

٢-أ استثناءات لا يستلزم فيها ثبوت التاريخ: أمثلة:

* إذا كان القانون لا يتطلب الكتابة في الإثبات.

* إذا كان المحرر العرفي مبدأ ثبوت بالكتابة، حيث يكتفي بأنه لم يكن معداً مقدماً للإثبات.

* إذا كان المحرر العرفي مجرد مخالصة بالدين، حيث يجوز للقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات، فأخذ المشرع بهذه السلطة الجوازية للقاضي من منطلق التيسير على الناس[٢٨٠]. وبديهي أن المخالصات التي تنضم وفاءً مع الحلول لا ينطبق عليها هذا الاستثناء منعاً للتحايل ولعدم الإضرار بالغير[٢٨١].

٢ – ب حالات لا يكتفي فيها بثبوت التاريخ: أمثلة:

* التصرفات التي من شأنها ترتيب أو نقل حق عيني عقاري، حيث يشترط الشهر، تسجيلاً أو قيداً، بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق.

* حوالة الأخيرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات، حيث يشترط التسجيل لتنفذ في حق الغير (مادة ١١ من قانون الشهر العقاري ومادة ٣٠٥ مدني).

---

(٢٧٩) نقض مدني ١٩ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، س ٤١ رقم ١٥٥ ص ٩٤٨ ، و ٥ من مايو/ آيار سنة ١٩٩١، مجموعة المكتب الفني، س ٤٢، رقم ١٦٠ ص ١٠٠١.

(٢٨٠) سلطان رقم ٥٧ ص ٧٠.

(٢٨١) سلطان رقم ٥٧ ص ٧٠.

٣ – ج الطرق التي يثبت بها التاريخ العرفي:

أمثلة: وردت هذه الطرق في المادة ٥ إثبات حيث عددت أربع طرق:

الطريقة الأولى: قيد المحرر في السجل المعد لذلك، حيث توجد سجلات في مكاتب التوثيق تدون فيها بيانات المحرر وملخص له يوقعه الموثق وصاحب الشأن ثم يكتب على المحرر محضر بين فيه تاريخ تقديمه ورقمه في السجل ويختم بخاتم المأمورية ويوقعه الموثق، وبذلك يثبت تاريخ هذا المحرر العرفي، علماً بأن المحررات واجبة الشهر لا يثبت تاريخها إلا بالشهر (مادة ٣١ اللائحة التنفيذية لقانون الشهر والتوثيق).

الطريقة الثانية: التصديق على التوقيعات حيث تدون في سجل خاص معد لذلك، إثبات مضمون المحرر في محرر ثابت التاريخ، فيكتسب المحرر غير ثابت التاريخ تاريخاً ثابتاً شريطة أن يكون المحرر الثاني مشتملاً على كل البيانات الضرورية ليتعين هذا المحرر ويتميز عن غيره(٢٨٢).

وفي هذا المعنى قضي بأن " .. ورود المحرر العرفي في محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت تاريخ المحرر الذي ورد فيه(٢٨٣) ".

الطريقة الثالثة: التأشير على المحرر من موظف عام مختص، فيكون تاريخ التأشير هو التاريخ الثابت للمحرر، مثال ذلك إثبات محرر عرفي في محضر جلسة بموجب تأشير القاضي أو كاتب جلسة عليه بما يفيد تقديمه، أو تأشير محصل الرسوم عليه بما يفيد تحصيل الرسم.

وينطبق ذلك على الخطابات المسجلة المصحوبة بعلم وصول، كلما كان التاريخ ثابتاً عليها مباشرة أو على ظهرها وليس على المظروف الذي يضمها، فبالرجوع إلى السجل المقيد فيه يثبت تاريخها.

---

(٢٨٢) نقض مدني ٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٥٠، مجموعة الربع قرن، س١ ص ٣٩.

(٢٨٣) نقض مدني ٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٥٠، مجموعة المكتب الفني، س١ رقم١٠٦ ص٤١٤.

الطريقة الرابعة: وجود خط أو توقيع لشخص توفى أو أصابه عجز جسماني، فبثبوت تاريخ هذه الواقعة المادية يثبت تاريخ المحرر، سنجري في ذلك أن يكون التوقيع منسوب إلى طرف متعاقد أو مشاهد أو كفيل.

ولا يعتد بواقعة الوفاة إلا إذا كان للمتوفى توقيع على المحرر. بناء على ذلك ليس في الوسع القول بثبوت تاريخ سند حرر بمعرفة من مات أو من أصابه عجز جسماني، حيث العبرة هي دائماً بالتوقيع وليس بكتابة متن السند.

ونتحفظ مع البعض[٢٨٤] في شأن الختم لاحتمال أن يوقع به بعد وفاة صاحبه، ونحن مع من يترك تقدير حجية ما هو موقع به لقاضي الموضوع.

٣- د حجية صور المحررات العرفية:

لا حجية لصور المحررات العرفية، ومن ثم لا تثريب على المحكمة إن هي لم تر الأخذ بهذه الصورة[٢٨٥]، ما لم تكن محررة بخط اليد، فتكون لها الحجية المقررة لمبدأ الثبوت بالكتابة.

لذلك فإن صور المحررات العرفية المسجلة، التي تحفظ أصولها في مأموريات الشهر العقاري، لها حجية معادلة لحجية الأصل، ما لم ينازع فيها، فيتعين الرجوع إلى الأصل حيث لا حجية للمحرر العرفي إلا بمقدار ما تهدى إلى الأصل، مادام موجوداً، أما إذا كان مفقوداً فللصورة حجية الأصل[٢٨٦]، أو بالأقل تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

---

(٢٨٤) سلطان رقم ٦٢ ص ٧٤.

(٢٨٥) نقض مدني ١٢ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني، س ٣٠ رقم٣٨٥ ص ٢٥٣.

(٢٨٦) نقض ٤ من يونيو/ حزيران ١٩٦٨، مجموعة المكتب الفني، س ١٩ رقم١٦٢ ص ١٠٨٨ و ١٣ من مايو/ آيار سنة ١٩٧١، مجموعة المكتب الفني، س ٢٢ رقم١٠٢ ص٦٣٠.

ولا يتعلق الأمر بصورة من محرر عرفي مجردة من أية قيمة في الإثبات، الكتابة المدونة في دفتر التصديق على التوقيعات بها إمضاء للمقرر وقع به أمام الكاتب المختص حيث اعتدت المحكمة بذلك على سند كتابي صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه(٢٨٧).

المطلب الثاني
المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

يقصد بالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات، المحررات التي لا توقع عادة من ذوي الشأن. وبديهي أن توقيعها يجعل منها دليلاً كاملاً في مفهوم الفائق الأول من المحررات العرفية المعدة للإثبات.

نعرض فيما يلي لكل من الرسائل والبرقيات (أولاً)، والدفاتر التجارية (ثانياً)، والدفاتر والأوراق المنزلية (ثالثاً)، ثم للتأشير على سند الدين مما يستفاد منه براءة ذمة المدين (رابعاً).

أولاً: الرسائل والبرقيات:

١- **الرسائل:** تتمتع الرسائل بقوة الورقة حيث الإثبات ما دامت موقعة ممن أرسلها، ولكل من تتضمن الرسالة دليلاً لصالحه أن يحتج بها على المرسل " متى كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة"(٢٨٨). فليس لسارق الرسالة من المرسل إليه أو من ساعي البريد مثلاً أن يحتج بها أمام القضاء. (٢٨٩)

---

(٢٨٧) نقض مدني ١ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٤٩، مجموعة المكتب الفني، س١ رقم١٣ ص٤٨.

(٢٨٨) نقض مدني ١٤ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني، س١٦ رقم١٠ ص٥٧.

(٢٨٩) محمد حسين منصور ص ١٠٧.

ويدق الأمر إن انطوت الرسالة على سر عائلي أو مهني محظور إفشـــائه، فقد الزم المشرع بعدم تقديمها إلا بإذن المرسل، فإذا لم يلزم تعين عليه سلوك أحـــد أمرين أولهما الاعتراف بمضمون الرسالة فيما يخص موضـــوع الـــدعوى وحـــده وثانيهما هو تهيئة سبيل لخصمه للإثبات بدليل آخر. فإن لم يســـلك أيهمـــا، كـــان للمرسل إليه أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار إذن قضائي بتقديم الرسالة، وهـــو إذن يدخل في سلطان قاضي الموضوع منحه أو منعه. والسند فـــي ذلـــك أن حرمـــة الرسائل وسريتها مقصورة على مرحلة وجودها لدى هيئة البريد، أما بعد وصولها وتسليمها للمرسل إليه، فيحق له وللغير الاستناد إليها والاستدلال بها إلا إذا انطوت على أسرار حظر القانون أو المرسل إفشاءها.(٢٩٠)

مع ذلك، فقد قضى " الزوج في علاقته مع زوجته لـــيس علـــى الإطـــلاق بمثابة الغير في صدد السرية المقررة للمكاتبات مما يتصل بالحياة الزوجيـــة لكـــي يكون على بينة من عشيرته "، ومن ثم حق لكل منهما الاجتمـــاع بمـــا تتضـــمنه الرسالة الموقعة من الآخر بما تحمله من دليل لصالحه في شـــئون الزوجيـــة، دون البحث فيما إذا كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة.(٢٩١)

وهذه الرسالة أما أن تكون موقعة أو غير موقعة، فإذا كانت موقعة فهـــي دليل كامل، أما إذا كانت غير موقعة فهي مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة.

وفي شأن التاريخ، فهو حجة على من أرسلها وخلفه من بعده دون اشتراط ثبوته، أما الغير فيتعين أن يكون التاريخ ثابتاً ليحتج عليه به.

٢- البرقيات:

---

(٢٩٠) نقض مدني ٢٦ من مايو/ آيار سنة ١٩٨٠ طعن رقم ٧٦٣ س ٤٣ ق.

(٢٩١) نقض جنائي ١٩ من مايو/ آيار سنة ١٩٤١، مجموعة الربع قرن، رقم ٢٤ ص ٧٢٠ و ١٤ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني، س ١٦ رقم١٠ ص٥٨.

يسلم أصل البرقية ــ عادة ــ في مكتب البريد، ويحتفظ به لمــدة زمنيــة محددة لديه. ويشترط المشرع لمنح البرقية حجية الورقة العرفية شــرطين وهمــا كالتالي:

* أن يكون الأصل موقعاً، وكان مكتوباً بخط يد المرسل فحسب فيعد مبدأ ثبوت بالكتابة. مفاد ذلك أن البرقيات المملاة بالهاتف أو البرقيات المرسلة بخط يد غير من هي منسوبة إليه، ليس لها قيمة في الإثبات إلا على سبيل الاستئناس.

* أن يكون الأصل محفوظاً بمكتب البريد، فإذا انقضت مدة حفــظ أصــل البرقية المستوفى للشرط الأول فأعدمت أو أتلفت، فليس للبرقية المرسلة أي قيمــة في الإثبات إلا على سبيل الاستئناس.

فإذا أجمع الشرطان تمتعت البرقية بقرينة بسيطة مؤداها مطابقتها للأصل، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك باعتبار أن الموظف المناط به إرسال البرقيــات ليست له مصلحة في تغيير مضمونها.[٢٩٢]، وفي هذا المعنى قضي بأن " إذا كــان الأصل لا يحمل التوقيع المرسل أو من له صفة النيابة عنه في إرسالها فلا تكــون للبرقية قيمة في الإثبات[٢٩٣] ، إلا إذا كان التصرف الوارد بها قريب الاحتمــال ــ وفقاً لتقدير محكمة الموضوع ــ فيحذر لها حينئذ اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابــة أو إقرار غير قضائي"[٢٩٤].

وبديهي أن ثبوت تاريخ البرقية ليس محلاً لجدل حيث هو ثابــت رســمياً، فتدون بيانات المرسل والمرسل إليه في إيصال سداد المقابــل المــالي لإرســالها، ويقيدها الموظف المعني في دفتر البرقيات ويختمها قبل تسليمها إلى صاحب الشأن بخاتم مكتب البريد عليه تاريخ التسليم.

---

(٢٩٢) محمد حسين منصور ص ١٠٩.

(٢٩٣) نقض مدني ١٩ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س ٢٠ رقــم١٥٩ ص ١٠١٧.

(٢٩٤) نقض مدني ٢٥ من مايو/ آيار سنة ١٩٨٣، طعن رقم ٢٧٥ س ٤٧ ق.

ثانياً:الدفاتر التجارية:

١- ماهية الدفاتر التجارية:

هي دفاتر فرض القانون على التاجر ــ الذي يزيد رأس ماله علــى ألــف جنيه ــ إمساكها وتختلف حسب طبيعة التجارة وأهميتها (مادة ١ قانون رقــم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ [٢٩٥] المعدل بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤)[٢٩٦]. وهذه الدفاتر لا تقل عن دفترين وهي دفتر اليومية ودفتر الجرد، وللتاجر أن يمسك دفاتر أخرى مثــل دفتر الأستاذ، ودفتر المخزن ودفتر الخزانة، ودفتــر التســويدة، ودفتــر الأوراق التجارية [٢٩٧].

ويقيد في دفتر اليومية الأصلي، جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية، ويتم هذا القيد يوماً بيوم وبالتفصيل. فإذا كــان لــدى التاجر دفاتر يومية مساعدة، فيجوز له الاكتفاء بتقييد إجمالي لهذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر (مادة ٢/١).

ويقيد في دفتر الجرد، تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنته المالية أو بيان إجمالي عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفاتر وقــوائم. كمــا تقيــد بالدفاتر صورة من الميزانية العامة للتاجر في كل سنته إذا لم تقيد في أي دفتر آخر (مادة ٢/٢).

ويتعين قبل استعمال هذين الدفترين، أن ترقم كل صفحة من صــفحاته أو يوقع على كل ورقة فيها الموثق الواقع في دائرة اختصاص المحل التجاري. فــإذا انتهت صفحات هذين الدفترين تعين على التاجر أن يقدمها إلى الموثــق للتأشــير

---

(٢٩٥) الوقائع المصرية العدد ٦٤ مكرر "غير اعتيادي" في ٦ من أغســطس/ آب ســنة ١٩٥٣ ص ٩: ١٠.

(٢٩٦) الوقائع المصرية، العدد ١٠ مكرر "غير اعتيادي" في ٤ من فبراير/ شباط سنة ١٩٥٤ ص ٨.

(٢٩٧) تناغو رقم ٨٧ ص ١٧٨.

عليها بما يفيد ذلك بعد آخر قيد وقبل استعمال الـدفترين الجديـدين(مـادة ٢،٣/٥ المستبدلة بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٤).

٢- حجية الدفاتر التجارية:

أ- **الدفاتر التجارية المنتظمة**، لا يجوز تجزئة ما جاء بها من إقرارات. ويجـوز للتاجر أن يتمسك بها في مواجهة تاجر آخر في مسألة تجارية، وللمحكمـة تلبيـة الطلب أو طرحه، وإن لبت الطلب لها أن ترتضي الإثبات بموجبها أو تستبعدها في ضوء ما تسفر عنه مقارنتها لدفاتر التاجرين. فإذا كان الخصم غير تاجر فللقاضي أن يمنحه حجية إثبات ناقصة، وهي حجية مرهونة بشروط ثلاثة وهي أن يكـون محل النزاع مما يورده التاجر لعملائه غير التجار، وأن تكون قيمة الالتـزام ممـا يجوز إثباته بالبينة وأن يوجه القاضي يمين متممة لكل من الطرفين[٢٩٨].

ب- **الدفاتر التجارية غير المنتظمة**، يجوز تجزئة ما جاء بهـا مـن إقـرارات، وللمحكمة أن تستخلص الإقرار من هذه الدفاتر، وفي كل الأحوال فإن حجية هـذه الدفاتر، منتظمة أو غير منتظمة على التفصيل المتقدم، تعادل حجية القرائن، فيجوز إثبات عكسها بكل طرق الإثبات[٢٩٩] بما في ذلك البينة والقرائن ويراعى دائمـاً أن الاستدلال بهذه الدفاتر أمر جوازي للمحكمة باعتبار أن الخصـم يسـعى إلـى أن يستخلص منها دليل ضد من يمسكها. وفي هذا المعنى قضي بأن "جـرى قضـاء محكمة النقض على أن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقرراً لخصم التاجر واجباً على المحكمة إنالته إياه متى طلبه، بل إن الشأن فيه .. أنـه أمـر جـوازي للمحكمة إن شاءت أجابته إليه إن شاءت أطرحته، وكل أمر يجعـل القـانون فيـه للقاضي خيار الأخذ والترك فلا حرج عليه إن مال لجانب دون آخر مـن جـانبي

---

(٢٩٨) محمد حسين منصور ص ١١٣، والأستاذ الدكتور رضا عيد الدفاتر التجارية وحجيتها في الإثبات في القانون المصري، دار النهضة العربية عام ١٩٨٨ رقم ٩٨ ص ١٣٧.

(٢٩٩) نقض مدني ١٥ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٢٦، مجموعة المكتب الفني س٧ رقم٤ ص٥٢.

الخيار ولا يمكن الادعاء عليه في هذا بمخالفة القانون"[٣٠٠] ، بعبارة أخرى " .. أن لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة التقدير أن تطرح طلب تقديم الدفاتر التجارية ... متى كانت قد كونت عقيدتها في الدعوى من الأدلة التي اطمأنت إليها".[٣٠١]

ثالثاً: الدفاتر والأوراق المنزلية:

١ – ماهية الدفاتر والأوراق المنزلية:

هي دفاتر وأوراق يقيد بها الشخص ماله وما عليه من حسابات وما عقده من تصرفات لتكون بمثابة ذاكرة خارجية له، يستوي في ذلك أن تكون مجرد أوراق منفصلة، أو مجلدة، أو تكون مرقمة أو غير مرقمة، ولا يشترط فيها أن تفرغ في شكل خاص أو تكتب بطريقة معينة.

٢ – حجية الدفاتر والأوراق المنزلية:

القاعدة العامة: ليست للدفاتر والأوراق المنزلية أي حجية إذا كانت غير موقعة ونفرق بين فرضين:

الفرض الأول: الحجية ضد من حررها إذا كانت موقعة، "الأصل في الدفاتر غير التجارية وسائر الأوراق المنزلية أن صدورها بخط أو توقيع صاحبها لا يجعل منها دليلاً ضده، وإن جاز اعتبارها قرينة لا تقوم بذاتها بل تضم إلى غيرها في الأحوال التي تقبل الإثبات بالقرائن، إلا أنه في الحالتين الاستثنائيتين الواردتين في المادة ١٨ إثبات تكون الورقة المنزلية دليلاً كاملاً ضد من أصدرها كافياً بذاته لإثبات ما تضمنه من قرارات، إلا أن حجيته في الإثبات ليست مطلقة، وبالتالي يحق لمن صدرت منه الورقة وخلفائه إثبات عكس ما جاء بها بكافة طرق الإثبات كأن يثبت أن ما دون بها صدر عن خطأ أو تلاه من الوقائع ما غَيَر أو عدل مضمونه أو أن كان مجرد إعداد مسبق لمشروع تعامل مع لم يتم[٣٠٢].

---

(٣٠٠) نقض مدني ٩ من مارس/ آذار سنة ١٩٦١، مجموعة المكتب الفني، س١٢ رقم٢٧ ص٢١٢.

(٣٠١) نقض مدني ٩ من مارس/ آذار سنة ١٩٦١، مجموعة المكتب الفني، س١٢ رقم٢٧ ص٢١٢.

(٣٠٢) نقض مدني ٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٦، مجموعة المكتب الفني ٣٧ رقم٦٦ ص٣٠٢

الفرض الثاني: الحجية ضد الغير، صورتان: ليست للدفاتر والأوراق المنزلية حجية، سواء أكانت موقعة أم غير موقعة، ضد الغير تطبيقاً لقاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه ويجوز للقاضي استثناء أن ينزلها منزلة القرينة القضائية فيكون نقضها ميسوراً بقرينة مثلها أو بدليل آخر أقوى منها (٣٠٣) :

الصورة الأولى: إذا ذكر محررها صراحة أنه قد استوفى ديناً.

الصورة الثانية: إذا ذكر محررها صراحة أنه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته.

وبديهي أن هذه الدفاتر والأوراق المنزلية " غير الموقعة "، لا ترقي إلى مرتبة المحرر العرفي، ومن ثم يجوز إثبات محلها بكل الطرق بما في ذلك البينة والقرائن، فإذا كانت موقعة صارت دليلاً كاملاً في الإثبات.(٣٠٤)

كما لا يجوز إلزام صاحبها بتقديمها إلا في حدود ما أورده القانون من أحوال يجدر فيها إلزام الخصم بتقديم دليل تحت يده.

رابعاً: التأشير ببراءة الذمة:

١- ماهية التأشير ببراءة الذمة:

هو كل تأشير على سند بما يفيد براءة ذمة المدين، حيث يعد التأشير حجة في الإثبات. ويقتضي الأمر التفرقة بين التأشير حسبما إذا كان السند في حيازة الدائن، أو في حيازة المدين.

٢- حجية التأشير ببراءة الذمة:

التأشير على سند للدين في حيازة الدائن: شرطان:

الأول: أن يكون التأشير قد تم على السند، كان التأشير على ورقة أخرى فلا ينطبق الحكم، يستوي في ذلك أن يكون من أشر هو الدائن نفسه.

---

(٣٠٣) تناغو رقم ٩٠ ص ١٨٢.

(٣٠٤) تناغو رقم ٩٠ ص ١٨٣ وهامش رقم (١) بنفس الصفحة.

الثاني: أن يكون السند في حيازة الدائن، فيتعين ألا يخرج من تحت يده، ولو للحظة واحدة[٣٠٥]، حيث يستند التأشير حجية من كون السند في حوزة الدائن، وأنه وحـده يملك التسلط عليه.

٣- التأشير على سند للدين في حيازة المدين: شرطان:

الشرط الأول: أن يتم التأشير بخط الدائن، فإذا كان من أشر ليس بالدائن، فلا حجية للتأشير لانتفاء الشرط الأول.

الشرط الثاني: أن يكون السند في حيازة المدين، ولا يقدح في توافر الشرط خروجه من حيازة المدين حيث يكفي قيام الحيازة لفترة ولو قصيرة.[٣٠٦] ونأخذ حكم السـند المخالصة.

ولم يكن المشرع في حاجة إلى اشتراط توقيع التأشير حيث لو تم ذلك لكنا بصدد دليل كتابي كامل، فإذا تم التأشير على النحو المتقدم مستوفياً الشرطين سالفي الذكر، كنا بصدد دليل قابل لإثبات العكس بكل طرق الإثبات بما في ذلـك البينـة والقرائن، لأن التأشير أدنى مرتبة من الورقة العرفية الموقع عليها.[٣٠٧]

المبحث السابع
إجراءات الإثبات بالكتابة
(إثبات صحة المحررات)

ندرس في هذا المقام أولهما الادعاء بالتزوير والثاني تحقيق الخطوط، علماً بأن الدراسة تقتصر على ما يسمى بالدعوى الفرعية للتزوير والـدعوى الفرعيـة

---

(٣٠٥) تناغو رقم ٩١ ص ١٨٤.

(٣٠٦) تناغو رقم ٩٣ ص ١٨٦.

(٣٠٧) تناغو رقم ٩٣ ص ١٨٦ حيث يشير إلى أنه في فرنسا هذا التأشير لا يجـوز إثبـات عكـس إلا بالكتابة (هامش رقم ١ ص ١٨٦).

لتحقيق الخطوط حيث ترتبطان بدعوى أصلية، مع ذلك فهناك دعاوى أصلية ترفع في هذا الشأن بالتزوير وتحقيق الخطوط، وهما من قبيل دعاوى قطع النزاع أو الطلبات التي تستند إلى مصلحة محتملة الفرض منها لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه (مادة ٣ مرافعات مدنية وتجارية).

لذا يذهب الفقه إلى أن المشرع كان في غنى عن النص على هاتين الدعويين لأنهما ليسا إلا تطبيق ..[٣٠٨] لما تقدم بيانه.

المطلب الأول
الادعاء بالتزوير

نعرض فيما يلي لماهية الادعاء (أولاً)، ثم نفرق بين الادعاء بالتزوير وما قد يتشابه معه، ونقصه بذلك تشكك المحكمة في المحرر (ثانياً)، ثم محل التزوير الادعاء بالتزوير (ثالثاً)، ثم شروط أمر المحكمة به (رابعاً)، وأخيراً أثر الحكم بالتحقيق والحكم بصدور المحرر (خامساً).

أولاً: ماهية الادعاء بالتزوير: يقصد بالادعاء بالتزوير إجراءات فرضها المشرع لإثبات تزوير محرر رسمي أو غير رسمي (عرفي)، سواء بدعوى فرعية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى أو دعوى أصلية[٣٠٩]، وقضى في هذا الشأن بأن

---

(٣٠٨) فتحي عبد الرحيم رقم ٥٤٣ ص ٥١٩.

(٣٠٩) لا محل للقول أنه يتعين على المطعون عليهما دفع دعوى تزوير أصلية قبل أن يتمسك الطاعن بالعقد في مواجهتهما وأنه في عدم رفعها لهذه الدعوى إسقاطاً لحقها في الادعاء بتزوير العقد، لأن رفع دعوى التزوير الأصلية المقررة بالمادة ٥٩ إثبات ليس واجباً على كل من يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور إنما هو حق جوازي ليس في عدم استعماله ما يحول بينه وبين الادعاء بتزوير

"الادعاء بالتزوير هو مجموع الإجراءات التي نص عليها القانون لإثبات عدم صحة الأوراق، وهو بهذه المثابة لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع ينصب علـــى مســـتندات الدعوى يقصد به مقدمه إجتناء منفعة ومصلحة في رد دعوى الخصم ودفعها، وإذا كانت المادة ٤٩ إثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أباحت في أية حالـــة تكـــون عليهـــا الدعوى أمام محكمة الاستئناف(٣١٠)، إلا أنها أوجبت أن يكون بتقرير في قلم الكتاب مشتملاً على تحديد كل مواضع التزوير المدعى به وإلا كان باطلاً... وأنه لا يعتبر ادعاء بالتزوير في معنى هذه المادة ما لم يتبع الطريق الذي رسمه القـــانون"(٣١١)، كذلك قضى بعدم انطباق ما هو مقرر بشأن الطعن بالإنكار في المحررات العرفية في المادة ٣/١٤ إثبات من أن من احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضـــوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع(٣١٢).

ولا يشترط استئذان المحكمة قبل اتخاذ إجراءات الطعن بـــالتزوير، حيـــث مفاد فرض المشرع على مدعيه إعلان خصمه في ثمانية الأيـــام التاليـــة للتقريـــر بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباتها بها وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه " .. أن من حق مدعى التزوير اللجوء إليه دون حاجـــة إلـــى تصريح من المحكمة (٣١٣).

ذلك المحرر إذا ما احتج به عليه في أية دعوى عملاً بالمادة ٤٩ إثبات: نقــض مــدني ٢٥ مــن فبراير/ شباط سنة ١٩٨١، مجموعة المكتب الفني، س٣٢ رقم ٦٦٣ ص٦٣٣.

(٣١٠) نقض مدني ٢٥ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨١، مجموعـــة المكتـــب الفنـــي، س٣٢ رقـــم ١٢٧ ص٦٦٣.

(٣١١) نقض أحوال شخصية ١١ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٧٨ (طعـــن رقـــم ٣٥ لســـنة ٢٥ق)، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم٣٨ ص١٦٣ ، و ١١ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨١، مجموعة المكتب الفني، س٣٢ رقم١٠٩ ص٥٦٤.

(٣١٢) نقض مدني ٢٥ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨١، مجموعة المكتب الفني، س٣٢ رقم١٢٦ ص٦٥٧.

(٣١٣) نقض أحوال شخصية (طعن رقم ٣٥ لسنة ٢٥ ق)، ١١ من يناير/ كـــانون ثـــان ســـنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س ٢٩ رقم٣٨ ص١٦٣.

ثانياً: التفرقة بين الادعاء بالتزوير وما يتشابه معه: تشكك المحكمة: إذا تشككت المحكمة في صحة المحرر، جاز لها أن تدعو من أصدره أو حرره ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر (مادة ٢/٢٨ إثبات). وفي هذا المعنى قضى بأنه " إذا القانون وقد أجاز للمحكمة أن تحكم برد أو بطلان أي ورقة يتحقق لها أنها مزورة ولو لم تقدم لها دعوى بتزوير تلك الورقة، فيجوز لها من باب أولى في حالة تشككها في صحة الورقة المتمسك بها أن تستعين بأي خبير فني حتى يتسنى لها الحكم على بينة وتتمكن من تحقيق العدالة"[٣١٤]، وهو ما أخذه المشرع عن القانون الألماني[٣١٥].

وبديهي أن يستند هذا التشكك إلى "عيوب مادية في المحرر" من كشط أو محو أو تحشير، وغير ذلك من عيوب مادية في المحرر (من شأنها) إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها"، فيكون موقف القاضي منها إيجابياً بهدف "تجلية ما يتردد في نفسه من الشك في صحة الورقة المقدمة إليه طعن فيها الخصوم أو لم يطعنوا"[٣١٦]، شريطة أن تبين المحكمة في حكمها " الظروف والقرائن التي تبينت منها ذلك" (مادة ٥٨ إثبات)، والتي ظهر معها، بجلاء، أنها مزورة.

ثالثاً: محل التزوير المحرر: المحرر الرسمي والمحرر غير الرسمي: إذا كان إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية، فإن ادعاء التزوير يرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية (مادة ٢٩ إثبات).

فإذا كنا بصدد محرر عرفي كان الشخص المعني بالخيار بين أمرين يتحرى في تبني أحدهما دون الآخر مصلحته كالتالي[٣١٧]:

---

(٣١٤) نقض مدني ٢٢ من فبراير/ شباط سنة ١٩٣٤، مجموعة الربع قرن جـ١ ص٣٢١.

(٣١٥) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٤٢ ص ٥٠٧.

(٣١٦) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٤٢ ص ٥٠٧.

(٣١٧) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٤٣ ص ٥٠٨.

خيار الإنكار، فينكر المحرر العرفي، حتى لا يتحمل عبء إثبات تزويرها ويستفيد من القيمة الأقل للغرامة المفروضة على المنكر، علـــى عكـــس الغرامـــة المفروضة على مدعى التزوير إذا حكم بسقوط الحق في ادعائه أو برفضه.

خيار الادعاء بالتزوير، فيبلغ النيابة العامة ويظهر بمظهر المنزعج الغيور على صالحه في دفع "التشويش الـــذي يضـــر بمصـــلحة مـــن الاجتمـــاع عليـــه بالورقة"(٣١٨).

وإذا كان الادعاء بالتزوير هو الطريق الوحيد المتـــاح للنيـــل مـــن حجـــة المحرر الرسمي بهدف إثبات عدم صحتها، وكان الإنكار هو الطريـــق المفضـــل – عملاً – بالنسبة للمحررات العرفية، إلا أن الادعاء بتزويـــر المحـــرر العرفـــي "واجب" بالنسبة للمحررات العرفية في الحالات الآتية:

* إذا كان الخصم الصادر من المحرر معترفاً بتوقيعه عليـــه بإمضـــائه أو بختمه أو بصمة إصبعه، وزعم حصول تغيير مادي في صـــلب الورقـــة بالمحو أو الزيادة.
* إذا كان المحرر العرفي مصدقاً رسمياً على التوقيع فيه، وزعم الخصـــم أنه لم يوقع عليها.
* إذا أقر الخصم ببصمة ختمه، وزعم أنه لم يوقع بالختم.
* إذا ناقش الخصم موضوع محرر عرفي احتج به عليه، فلا يجوز له أن ينكر ما نسب إليه من خط أو توقيع أو بصمة أو ختم. وسند ذلك هو عدم نقل عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بالمحرر(٣١٩).

رابعاً: شروط أمر المحكمة بالتحقيق في الادعاء بالتزوير (المادة ٥ إثبات): ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون الادعاء بالتزوير منتجاً، أي مؤثراً في الدعوى الأصـــلية. وجزاء تخلف هذا الشرط هو "عدم القبول" (٣٢٠)، وهو حكم تنطق به المحكمة دون بحث شواهد التزوير أو تحققها(٣٢١).

---

(٣١٨) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٤٩ ص ٥١٢.

(٣١٩) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٤٩ ص ٥١٤.

(٣٢٠) نقض مدني ٨ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٣٥، مجموعة الربع قرن، جـــ٢ ص٤٢٨.

الشرط الثاني: أن لا يكفي ما في الدعوى من وقائع ومستندات لإقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره[٣٢٢].

الشرط الثالث: أن يكون إجراء التحقيق منتجاً، وهو شرط تمليه القواعد العامة[٣٢٣].

خامساً: أثر الحكم بإجراء التحقيق وبصمة المحرر:

أثر الحكم بإجراء التحقيق: وقف قوة السند التنفيذي: إذا كان المدعى بتزويره سنداً تنفيذياً، يترتب على الحكم بإجراء التحقيق وقف قوته التنفيذية. مع ذلك، ففي وسع المدعي ضده أن يتخذ ما يراه مناسباً من إجراءات تحفظية بمقتضى هذا السند الموقوفة قوته. وجدير بالذكر أن هذا الوقف لا يناله المدعى بالتزوير بتقريره بالادعاء بالتزوير أو بإعلانه شواهد التزوير.

وللمدعي ضده بالتزوير، أن ينهي إجراءات الادعاء إن هو تنازل عن المحرر، فيفقد المدعى بالتزوير حجته فيه. ويسلك المدعى ضده هذا المسلك إما إذا هو أراد تفويت الفرصة على خصمه في إطالة أمد التقاضي وكان لديه في ملف الدعوى ما يدعم حجته بصورة حاسمة، وإما إذا أراد أن يتفادى الخوض في إجراءات التزوير مع مخاوفه من صدور حكم بتزويره فيسوء موقفه في الدعوى، يستوي في ذلك أن يكون لديه في ملف الدعوى البديل المغني له عن هذا المحرر أم لا.

مع ذلك فللمدعى بالتزوير أن يتمسك أمام المحكمة بتوافر "مصلحة مشروعة لديه في الحصول على أمر قضائي بضبط المحرر أو بحفظه. وتتوافر

---

(٣٢١) نقض مدني ١٠ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٣، طعن رقم ٨٩١ س ٤٤ق.

(٣٢٢) نقض مدني ٢٢ من مايو/ آيار سنة ١٩٥٢، مجموعة المكتب الفني، س٣ رقم ص ١١٥، و ١٥ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٥٣، مجموعة المكتب الفني، س٤ رقم٢٩ ص٣٥٨، و ٢٨ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٠، مجموعة المكتب الفني، س١١ رقم١٤ ص ٩٥.

(٣٢٣) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٥١ ص ٥١٦.

هذه المصلحة كلما خشى المدعى بالتزوير الاحتجاج عليه بهذا المحرر في نـزاع آخر أو كان بقاء هذا المحرر تحت يد الخصم " ضاراً " به[٣٢٤].

ولا يجب دعوة الحضور أمام خبير الخطوط المنتدب من المحكمة لفحـص الأوراق المطعون عليها بالتزوير، حيث لا يجب ذلك إلا في باب " ندب الخبراء " دون إجراءات التحقيق عند إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصـمة الإصـبع والادعاء بالتزوير حيث بينت المواد ٣٠ وما بعدها – قانون الإثبـات الخطـوات والإجراءات التي يجب اتباعها عند ندب خبير لمضاهاة الخطوط وهي إجـراءات رآها المشرع مناسبة لهذا النوع من أعمال الخبرة وفيها ضـمان كامـل لحقـوق الخصوم[٣٢٥].

أثر الحكم بصحة المحرر: إذا قضى بصحة المحرر أو بسقوط حق مدعى التزوير فيه لعدم التزامه بالإجراءات التي فرضها القانون عليه في هذا الشأن كأن لم يعلن خصمه بمذكرة شواهد التزوير خلال ثمانية الأيام التالية للتقرير بالادعـاء بالتزوير، فيحكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولا تجاوز مائـة جنيه (مادة ٥٦ إثبات).

بالمقابل، لا يقضى بغرامة على الإطلاق إذا تنازل المدعى بالتزوير عـن ادعائه تاركاً الخصومة (مادة ١٤١ مرافعات)، أو قضى بعدم قبول الادعاء لانتفاء شرط من شروطه الثلاثة[٣٢٦]، أو قضـت المحكمـة بعـدم الاختصـاص بنظـر

---

(٣٢٤) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٥٢ ص ٥١٧.

(٣٢٥) نقض مدني ٢٥ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨١، مجموعة المكتب الفني، س٣٢ رقم٦٥٧ ص٦٣٣.

(٣٢٦) تطبيق قضائي في شأن تخلف شرط "أن يكون الادعاء منتجاً في الدعوى الأصلية: نقض مدني ٧ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٥٥، مجموعة المكتب الفني، س ٦ رقم١٢١ ص ٩٢٥.

الادعاء[٣٢٧]، أو بسقوط الخصومة أو باعتبارها كأن لم تكن أو بـــبطلان الادعـــاء الفرعي (أو بطلان صحيفة الدعوى الأصلية بالتزوير)[٣٢٨]. ومن بـــاب أولـــى لا محل للحكم بالغرامة لدى الحكم بثبوت "بعض ادعاء مدعى التزوير"[٣٢٩].

---

(٣٢٧) قضى بأن "محكمة الإفلاس ليست محكمة الموضوع بالنسبة للطعن بتزوير الأوراق التي تطـــرح عليها، وبالتالي فهي لا تحسم الخصومة بشأن صحة هذه الأوراق أو تزويرها ولا يحوز ما قررته بشأن عدم جدية الطعن بالتزوير أية حجية أما محكمة الموضوع التي تفصل في الادعاء بالتزوير: نقض مدني ٤ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني، س٢٦ رقم ١٧٧ ص ٩١٩.

(٣٢٨) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٥٢ ص ٥١٨.

(٣٢٩) " وهذا حكم بديهي، لان المحكمة في هذه الحالة لا تحكم بصـــحة المحـــرر المطعـــون عليـــه بالتزوير" (فتحي عبد الرحيم رقم ٤٥٢ ص ٥١٨).

المطلب الثاني
دعوى تحقيق الخطوط

نعرض فيما يلي لماهية هذه الدعوى (أولاً)، وإجراءات تحقيق الخطوط إما بالمضاهاة وإما بشهادة الشهود (ثانياً) ثم الحكم بصحة المحرر المقتضي تحقيقه (ثالثاً)، وأخيراً أثر الحكم في دعوى تحقيق الخطوط (رابعاً):

وذلك كله على التوالي:

أولاً: ماهية دعوى تحقيق الخطوط:

يقصد بدعوى تحقيق الخطوط، مجموعة إجراءات فرضها المشرع ليتاح، بدعوى فرعية أو بدعوى أصلية[٣٣٠]، لمن يتمسك بورقة عرفية أن يثبت صحتها عند إنكار من تشهد عليه هذه الورقة، لإمضائه أو ختمه أو بصمة إصبعه، أو إنكار خلفه (الوارث مثلاً) أو نائبه (الوكيل) العلم به، ولا تأمر المحكمة بتحقيق الخطوط إلا إذا كانت لديها قناعة بجدواه، " لأن الغرض من هذا الإجراء هو اقتناع المحكمة برأي ترتاح إليه في حكمها، فإذا كان هذا الاقتناع موجوداً فلا لزوم له "[٣٣١]، بشرط إفصاحها عن الأسباب التي أدت إلى اقتناعها حتى تتجنب بطلان حكمها.[٣٣٢]، تطبيقاً لذلك قضي بنقض الحكم الذي قضي لصالح المطعون ضده

---

(٣٣٠) " يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق، ويكون ذلك بدعوى أصليه بالإجراءات المعتادة" (مادة ٤٥ إثبات).

(٣٣١) نقض في ١٧من ديسمبر/ كانون أول سنة١٩٣١، مجموعة الربع قرن، جـ١ ص٣٠،و ٨من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٥٥، مجموعة المكتب الفني، س٦ رقم٢١٤ ص١٥٥٧.

(٣٣٢) نقض مدني ٢٤ من يونيو/ حزيران سنة١٩٥٨، مجموعة المكتب الفني، س٩ رقم٨٠ ص٦٣٣.

بالمبلغ موضوع النزاع دون التحقق من صحة المحرر بعد أن أنكر الطاعن توقيعه على سند هذه المديونية.(٣٣٣)

ثانياً: إجراءات تحقيق الخطوط:

إذا أمرت المحكمة بالتحقيق، فيشمل حكمها على خمس نقاط هي على التوالي: ندب لأحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق، وتعيين خبير أو ثلاثة خبراء، وتحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق، والأمر بإيداع المحرر المقتضي تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته (مادة ٣٢ إثبات).

يحرر محضراً تبين به حالة المحرر وأوصافه بياناً كافياً ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والخصوم، ويتعين توقيع المحرر نفسه من رئيس الجلسة وكاتب المحكمة(مادة ٣١ إثبات)، وبذلك يبدأ القاضي في التحقيق بالمضاهاة أو بسماع شهود.

١- التحقيق بالمضاهاة:

وتبدأ إجراءات المضاهاة بتكليف قلم الكتاب الخبير للحضور أمام القاضي واليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق (مادة٣٢ إثبات)، بحضور الخصوم ليقدموا ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك. وقد جعل المشرع جزاء تخلف المكلف بالإثبات، بغير عذر، هو السقوط الجوازي، فيجوز للمحكمة الحكم بسقوط حقه، وإذا تخلف خصمه، جاز للمحكمة اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها (مادة ٣٤ إثبات).

ويحضر الخصم المنازع في صحة المحرر "بنفسه" للاستكتاب في الموعد الذي يعينه القاضي لذلك، فإن امتنع عن الحضور- بغير عذر مقبول- جاز للمحكمة الحكم بصحة المحرر (مادة ٣٥ إثبات).

---

(٣٣٣) نقض مدني ٧ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨٢، طعن رقم٢٣ س ٥١ ق/ غير منشور.

وتتم المضاهاة للخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع الذي حصل إنكاره، على ما هو ثابت، لمن يشهد عليه المحرر من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إصبع (مادة ٣٦ إثبات)، ولا يقبل للمضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم، إلا ما يلي (مادة ٣٧ إثبات).

- الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع الموضوع على محررات رسمية.
- الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضي تحقيقه.
- الخط أو الإمضاء الذي يكتبه أمام القاضي أو البصمة التي يطبعها أمامه.

وقد أجاز المشرع للقاضي أن يأمر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التي يكون بها أو ينتقل مع الخبير إلى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها (مادة ٣٨ إثبات). فإذا سلمت المحررات الرسمية لقلم الكتاب، تقوم الصور التي تنسخ منها مقام الأصل شريطة أن تكون ممضاة من القاضي المنتدب والموظف الذي سلم الأصل، ومتى أعيد الأصل إلى محله، رد الصورة المأخوذة منه إلى قلم الكتاب ويصير إلغاؤه (مادة ٣٩ إثبات).

وقد فرض المشرع ضمانة إضافية للخصوم، وهي أن توقع أوراق المضاهاة قبل الشروع في التحقيق ويذكر ذلك في المحضر، توقيعاً رباعياً من الخبير والخصوم والقاضي وكاتب الجلسة (مادة ٤٠ إثبات).

ولا تثريب على محكمة الموضوع إن هي قامت بإجراء المضاهاة في دعوى التزوير بنفسها دون الاستعانة بخبير إذ للقاضي أن يبني قضاءه على ما يشاهده هو نفسه في الأوراق المطعون فيها بالتزوير إذ هو الخبير الأعلى فيما يتعلق بوقائع الدعوى المطروحة عليه، ولا يحد من هذا أن يكون قد صدر قرار

سابق بندب خبير لإجراء المضاهاة إذ رأى الخبير استشاري في جميع الأحـوال و لا إلزام على المحكمة في الاستعانة بأهل الخبرة بل لها أن تسعى بنفسـها لجـلاء وجه الحق سواء أكان السبيل إلى ذلك ميسراً أم كان عسيراً .. ولا يبطـل عمليـة المضاهاة التي تجريها المحكمة بنفسها أن لا نحرر بما شاهدته تقريراً شأن الخبير إذ حسبها أن تضمن حكمها ما عاينته ... ولا أن تبين طريقة التزوير مادامت قـد انتهت إلى عدم صحة الإمضاء المطعون فيها [٣٣٤]، ولا تبطل عملية المضاهاة التي تجريها المحكمة بنفسها أن لا تحرر بما شاهدته تقريراً شأن الخبير إذ حسـبها أن تضمن حكمها ما عاينته[٣٣٥].

٢- التحقيق بسماع شهود:

ويكون ذلك بسماع شهود وفيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع على المحرر المقتضاه حقيقة ممن نسبت إليـه (مـادة ٤٢ إثبات)، أي إن مشاهدتهم تنصب فقط على إثبات " واقعة " الكتابة أو التوقيـع دون إثبات الدين أو التخالص المدون على الورقة.[٣٣٦] وبديهي أن القانون لـم يفـرض نصاباً محدداً للإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة حيث يتعلق الأمر بإثبات"واقعة مادية".[٣٣٧]

وقد أحال المشرع في هـذا الشأن إلى القواعد المتعلقة بشـهادة الشـهود (المواد ٦٠: ٩٨ إثبات).

---

(٣٣٤) نقض مدني ١٤ من يونيو/ حزيران سـنة ١٩٥١، مجموعـة المكتـب الفنـي، س٢ رقـم١٦٠ ص١٠٣٧.

(٣٣٥) نقض مدني ١٤ من يونيو/ حزيران سـنة ١٩٥١، مجموعـة المكتـب الفنـي، س٢ رقـم١٦٠ ص١٠٣٧.

(٣٣٦) نقض ٣ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفني، س٤ رقـم٢٠٢ ص ١٢٥٩و ٢٩ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر جـ ٣ رقم١٣٩ ص٤١٠.

(٣٣٧) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٤٧ ص ٥١٢.

ثالثاً: الحكم بصحة المحرر المقتضى تحقيقه:

يصدر الحكم بصحة المحرر أو برده أو بسقوط الحق في إثبات صـــحته، تنظر المحكمة في موضوع الدعوى في الحال أو تحدد لنظره أقرب جلسة (مـــادة ٤٤ إثبات).

وبالنسبة للدعوى الأصلية بتحقيق الخطوط، إذا حضر المدعى عليه وأقـــر أرشيف المحكمة إقراره وتحمل المدعي جميع المصروفات ويعتبر المحرر معترفاً به إذ سكت المدعي عليه أو لم ينكره أو لم ينسبه إلى سواه (مادة ٤٦ إثبات). فـــإذا لم يحض المدعي عليه حكمت المحكمة في غيبته بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع، ويجوز استئناف هذا الحكم في جميع الأحوال (مادة٤٧ إثبات). فإذا أنكر المدعي عليه الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصـــمة الإصـــبع فيجـــري التحقيق طبقاً للقواعد العامة (مادة ٤٨ إثبات).

رابعاً: أثر الحكم في دعوى تحقيق الخطوط:

في حالة ثبوت صحة المحرر يقضي بغرامة على من أنكره، تتراوح بـــين عشرة جنيهات وخمسين جنيهاً (مادة ٤٣ إثبات).

ولا محل– بداهة – لفرض هذه الغرامة إن ثبتت صحة كل الادعـــاءات أو بعضها.

الفصل الثالث
شهادة الشهود
(البينة)

نعرض فيما يلي لمباحث ثلاثة ماهية شهادة الشهود (المبحث الأول)، نطاق الشهادة بالشهود (المبحث الثاني) وإجراءات شهادة الشهود (المبحث الثالث)، ثم نفرد (مبحثاً رابعاً) لدعوى التحقيق الأصلية حيث يسمع الشاهد ابتداء قبل الوصول إلى مرحلة التقاضي، وذلك كله على التفصيل التالي:

المبحث الأول
ماهية شهادة الشهود

الشهادة، هي إشهاد لله عز وجل – بعد حلف يمين بالله تعالى على قول الصدق " والله العظيم أقول الحق " على إخبار أمام القضاء[338] بواقعة معينة من شأنها إثبات حق لشخص أو إنشاء التزام عليه، على أن يكون الشاهد غير مستهدف " جلب مغنم أو دفع مغرم "[339]، فلا يقصد بالشهادة الغنم ولا يرجى بها إلى دفع "غُرم".

---

(٣٣٨) لا يحلف الشاهد يميناً في التحكيم .

(٣٣٩) نقض "أحوال شخصية" (نقض مدني ٢٠ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٣، مجموعة المكتب الفني، س٣٤ رقم ٣٦٥ ص٢٨٦٤.

وتكون هذه الشهادة على الغير، وليس على النفس وإلا كانت إقراراً. فيخبر الشاهد القضاء بواقعة محددة أدركها " مباشـرة "، بالبصـر أو بـالأذن أو بهمـا معاً.(٣٤٠)

فإذا كانت الشهادة بما سمع عن آخر، سميت بشهادة سمعية وهي أقل قدراً لدى القاضي من الشهادة المباشرة، حيث يقول الشاهد " سمعت فلاناً يقول أن فلاناً قال له... "، فهي قرينة للقاضي الأخذ بها أو طرحها حيث الأمر مرده إلى قناعته بما سمع من الشاهد عن آخر لم يمثل أمامه.

وكما تكون الشهادة سمعية، قد تكون تسامعية وتسـمى أيضـاً " الشـهادة بالاستفاضة أو بالخبرة "(٣٤١)، أي سمعها الشاهد من جماعة دون أن ينسـبها إلـى معلوم من بينهم. وقد قضت محكمة النقض(٣٤٢)، "فإن الأصل في الشهادة شرعاً أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه. واستثنى فقهـاء الحنفية من ذلك مسائل – كالنسب – أجازوا فيها الشهادة بالتسامع وإن لم يعاينهـا الشاهد بنفسه. ومع ذلك يجيزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد بـه أمراً متواتراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت الأخبار عنه ووقع في قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء"، ونرى، مع البعض، ألا تصح الشهادة بطريقة التسامع إلا " استحساناً "(٣٤٣)

---

(٣٤٠) مفاد ذلك أن الإبصار بالعين أو السمع بالأذن غير مقبولة، فقد يحدث أن يكون ما سمعه واضـح الدلالة أو ما رآه قاطع الدلالة، على أمر معين، فتكون شهادته مقبول عن سمع أو بصر بالحاسـة المقصودة، فيقول سمعت من فلان كذا، فلا مجال لاستنتاج أو اجتهاد.

(٣٤١) همام ص ٤٤٠.

(٣٤٢) نقض "أحوال شخصية" في ١ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة١٩٦٧ ، مجموعـة المكتـب الفنـي، س١٨ رقم٢٥٥ ص ١٦٨٨.

(٣٤٣) همام ص ٤٤١: ٤٤٢.

وليس على القاضي جناح في الإعراض عن الاستناد إلى شهادة شاهد دون آخر، حيث لا يلزم ببيان أسباب الترجيح بينهما[٣٤٤] أو حتى طرحه لها شريطة أن يوردها إيراداً يتعرض لها ورداً، فيوازن بينها ويدلل فأدلة سائغة تبرر ما انتهى، دون أن يكون لقضاء النقض مراقبته في شأن المجادلة في تقدير الدليل[٣٤٥] وما دام لم يخرج بأقوال الشاهد عما يؤدي إليه مدلولها[٣٤٦] حيث الأمر كله مرده إلى وجدان القاضي"،[٣٤٧] تطبيقاً لذلك قضي بأنه "لا يعد من قبيل الشهادة ما يستطرد إليه الشاهد من تخمينات وظنون واستنتاجات، فكل ذلك من قبيل الاستخلاص والاستنباط المنوط بمحكمة الموضوع وحدها.[٣٤٨]

وجدير بالذكر أن المشرع لم يفرض نصاباً لعدد الشهود، فتجوز شهادة واحداً أو أكثر[٣٤٩]، حيث مرد شهادة الشاهد " مبلغ ما يبعثه في نفس القاضي من الاطمئنان إلى دقته والثقة في أمانته ".[٣٥٠]

وتجد هذه المكانة التي كرسها المشرع لشهادة الشهود فهبط بها من قمة البينات لصالح الكتابة، فيما لخصته مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني[٣٥١].

---

(٣٤٤) نقض مدني ٢٠ من يونيو/ حزيران سنة١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفني، س٨ رقم٦٧ ص ٦٠٠.

(٣٤٥) نقض مدني ٢٤ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٤٧ ، مجموعة الربع قرن ، جـ١ رقم ٢٠١ ص٥١.

(٣٤٦) نقض ٢٠من مارس/ آذار سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨ رقم١٣١ ص٧١٨.

(٣٤٧) نقض مدني٣٠ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفني، س١٥ رقم١٧٨ ص١٢٣٠.

(٣٤٨) نقض مدني ٢٠ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، س٤٨ ص ١١٣٩.

(٣٤٩) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٨٠ ص ٥٥٠.

(٣٥٠) نقض مدني ٢٠ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨ رقم١٣١ ص٧١٨.

(٣٥١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص٣٩٥.

المبحث الثاني
نطاق شهادة الشهود

نعرض فيما يلي لموضوعين الأصل فيما يجوز إثباته بالشهادة بالنسبة للمواد التجارية والمواد المختلطة والمواد المدنية (المطلب الأول)، الاستثناء فيما يجدر إثباته بالشهادة (المطلب الثاني)، وذلك كله على التفصيل التالي:

المطلب الأول
الأصل فيما يجوز إثباته بالشهادة
المواد التجارية / المواد المختلطة / المواد المدنية

توجد عدة طرق [٣٥٢] (Voies / Echapatoires) في ظل القانون الحالي في مصر أو في فرنسا [٣٥٣] يتم فيها دون اشتراط الكتابة.

ويمكن أن نقسم هذه الطرق إلى ثلاثة بحسب الطائفة التي تندرج تحتها : المواد التجارية أو المواد المختلطة أو المواد المدنية وذلك على التفصيل التالي :

(١) المواد التجارية : حرية الإثبات :

يأخذ المشرع [٣٥٤] بمبدأ حرية الإثبات في مواجهة التجار في المواد التجارية عدا في استثناءات منصوص عليها على سبيل الحصر مع السماح

---

(352) Vivant, Le Stanc, Rapp et Guilbal, Lamy: Droit de l'informatique, op.cit., no.2093 et André Bertrand, Les systèmes électroniques de paiement face au droit de la preuve, DISEP, vol.I, No.6, fév. 1986 p.7.

(353) André Lucas, Le droit de l'informatique, Thémis / PUF, 1987, No.316 p.371.

(٣٥٤) المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات المصري والمادة ١٠٩ من التقنين التجاري الفرنسي المعدلة بالقانون الصادر في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٨٠ (قانون رقم ٥٢٥ لسنة ١٩٨٠) و ٢/١٦٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

للأطراف باستبعاد نظام الإثبات بكل الطرق – الواردة في القانون – وإحلال القواعد العامة في المواد المدنية محله.

ولا يستدعى هذا المبدأ تعليقاً نظراً لوضوحه وإن كان المقام يتطلب أن نشير إلى عدة ملاحظات بشأنه :

(أ) حرية الإثبات لا تقوم إلا فيما بين التجار : بعبارة أخرى أن غير التاجر لا يخضع لهذه القاعدة مع ملاحظة عدم ترادف مصطلحي تاجر (Commerçant) ومهني (Professionnel) [٣٥٥] فمن المهنيين – مثل الطبيب والمحامي – من لا ينطبق عليه وصف التاجر.

(ب) حرية الإثبات لا تنطبق على كل العقود التجارية : هذه الملاحظة تتعلق أساساً بالقانون الفرنسي الذي تدخل مشرعه في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٨٠ لتأكيد هذه القاعدة إزاء الصياغة المعيبة [٣٥٦] للمادة ١٠٦ من القانون التجاري التي كانت تشير صراحة إلى الشراء والبيع فحسب.

وهنا يجدر بالذكر أن هذا التعديل ليس منطوياً على جديد بل هو مجرد تقنين لقضاء [٣٥٧] مستقر [٣٥٨].

---

(355) Georges Virassamay, Note sous deux arrêts de la cour de cassation (1re ch), 8 Nov. 1989, J.C.P. Ed G. 1990. 11. 2157. Voir pour un élargissement de la liberté de preuve entre tous les professionnels, même non-commercants, tout au moins entre professionnels avertis: Leclerc, Faut-il reformer le droit de la preuve ?, op.cit.p.15.

(356)Yves Chartier, La preuve commerciale après le loi du 12 Juillet 1980 ou le législateur propose et la loi dispose in Aspects du droit privé en fin du 20e siècle: Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart, Édition LGDJ/Montchrestien/ Techniques, 1986, no.2 p.95. Dans le même sens : J.Huet et H Maisl, Droit de l'informatique et des télécommunications, op.cit., no. 594 p.664.

(357) Selon un arrêt de la cour de cassation datée du 17 mai 1892 (Cass. Civ. Ire, 17 mai 1892. D.P. 1892. 1. 604) le domaine de cette article comprenait toutes les matières commerciales.

(358) La nouvelle rédaction de l'article 109 a été critique en raison de l'existence des actes commerciaux même pour un non-commercant notamment les actes qui n'exigent pas une entreprise au sens de l'article 632 du Code de Commerce et les actes commerciaux par accessoire subjective ou objective. Le statut prouve l'existence et le contenu à l'encontre des non commerçants.

(ج) حرية الإثبات لا تتعلق إلا بالأعمال التجارية للتجار التي يقومون بها لصالح تجارتهم : فلا تنطبق القواعد العامة في الإثبات المدني إذا ما كان المدعي عليه تاجراً وقام بما قام به من أعمال لصالح تجارته [٣٥٩]، بعبارة أخرى أن قيام التاجر بأعمال لا تدخل في إطار تجارته يخضعه لنظام الإثبات المدني طبقاً للقواعد العامة [٣٦٠].

(د) حرية الإثبات تنطبق على أي تعديل لاتفاق أصلي تم بين تجار لصالح تجارتهم : حتى ولو كان الأطراف قد فقدوا صفة التاجر عند إجراء التعديل [٣٦١].

(هـ) حرية الإثبات تسمح بالإثبات بكل الطرق بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن ضد الكتابة [٣٦٢].

نخلص من ذلك إلى أن كل الأعمال التجارية بين التجار التي تبرم لصالح تجارتهم تخضع لقاعدة حرية الإثبات كنتيجة لذلك يمكن أن نقول بأن كل العقود التي تبرم بطرق اتصال عن بعد مثل الفاكس و التلكس والحاسب وغيرها يمكن أن يقام الدليل عليها بكل حرية في مواجهة أطرافها دون حاجة إلى تقديم دليل كتابي وبيان ذلك أن الوضع الحالي لطرق الاتصال الحديثة في مواجهة قواعد الإثبات ليس محفوفاً بالمخاطر – كما قد يتصور البعض – لأن كل دليل – أياً كان – يمكن أن يقدم للقاضي ليتبناه إذا ما اقتنع به في هذا الصدد [٣٦٣].

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى المادة الثانية من المرسوم رقم ٨٣-١٠٢٠ الصادر في ٢٩ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٨٣ تطبيقاً للقانون

Le texte ne s'applique plus qu a l'égard des commerçants: Hartier, La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980, op.cit., no. 12 et s. p. 99 et s. Il accepte une seule exception en la matière, c'est le gage conformément à l'article 91/1 du Code de Commerce.

(359) Cass. Com. 12 Oct. 1962. Bull. Civ. No.313.

(360)Y. Chartier, La preuve commerciale après la loi du 12 Juillet 1980 ..., op.cit., no. 9 p.98.

(361) Cass. com. 16 Déc. 1980. Bull. Civ. No.425 p 340.

(362) Cass. soc. 23 Mai. 1962. Bull. Civ.IV. No.467 p 373.

(363) Dictionnaire permanent: Droit des affaires [Éditions Législatives, France], Feuilles 123 1er Juin 1991) no.3. p.1275, Cass. Réq.25 Nov. 1903. D.p. 1904. 1. 183 et Cass. Réq. 3 Fév. 1904. 1 . 215 : 216.

٨٣-٣٥٢ في ٣٠ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٣ بشأن الالتزامات المحاسبية للتجار وبعض الشركات [٣٦٤] فقد نصت هذه المادة على أن هذه المحـــررات المعلوماتيـــة المكتوبة يمكن أن تحل محل دفتري اليومية والجدد شريطة استخدام وسائل مأمونة عند إعدادها بما يضمن حجيتها في الإثبات.

ويلاحظ على هذا النص الأخير أنه لا يتضمن أي جديد في هـــذا الشـــأن، فالقاضي يتمتع – كقاعدة عامة – منذ وقت ليس بالقصير – بحرية قبول أو رفض دفاتر التجار، وفقاً لقناعته بمدى انتظامها ودقتها، إذا ما قدمت إليه للإثبات. مع ذلك فتتجلى أهمية هذا النص في إشارتها الصريحة إلى وجوب أن تكـــون المحـــررات المعلوماتية معرفة (Identifiés) ومرقمة (numérotés) ومؤرخة (datés) وفقاً لطرق آمنة (sûrs) فيما يتعلق بمسائل الإثبات شأنها في ذلك شأن الدفاتر المحررة بطرق تقليدية، وإن ظلت الكلمة الأخيرة بشأن مدى حجية هذه الوســـائل معقـــودة للقاضي في ضوء اطمئنانه لتنظيمها.

(٢) المواد المختلطة: حرية الإثبات في مواجهة التجار:

يقصد بهذه التصرفات كل تصرف قانوني يتم بين شخص تاجر وشـــخص مدني، فهذه التصرفات هي محصلة إيجاب صادر من تاجر وقبـــول صـــادر مـــن شخص مدني أو إيجاب صادر من الأخير وقبول صادر من الأول.

وينـــص المشرع[٣٦٥]على عـــدم خضوع التصرفات بيـــن التجار لقواعـــد الإثبات المدنية لأن ذلك يتنافى مع ما تقوم عليه التجارة من ثقة متبادلة وسرعة في التعامل [٣٦٦].

---

(364) J.C.P. Éd. G. 1983. No. 54969.

(٣٦٥) مادة ١/٦٠ من قانون الإثبات المصري، ومادة ١٠٩ من التقنين التجاري الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٥٢٥ لسنة ١٩٨٠ الصادر في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٨٠ م (سابق الإشارة إليـــه) وقـــد أراد المشرع بهذا التعديل إضافة عبارة "ما لم يوجد نص بغير ذلك " في نهاية عبارة المـــادة ١٠٩ والتي تقرر حرية الإثبات في المواد التجارية بغرض تقنين ما جرى عليه المشرع فـــي القـــانون البحري والتجاري (بيع المحل التجاري مثلاً) من استلزام الكتابة في بعض التصـــرفات القانونيـــة التجارية بعبارة البيع والشراء على أساس أن التسمية الأولى أوسع بيقين من الثانية وهي وحـــدها التي تتفق مع واقع الحال . وقد أكد مقرر لجنة التعديل بالجمعية الوطنية على أن هذا التعديل لـــم

وما يعنينا في هذا الشأن هو التأكيد على حق الطرف المدني فـــي إثبـــات التصرفات القانونية في مواجهة التاجر(٣٦٧) بكل طرق الإثبات(٣٦٨). مفاد ذلـــك أن يستفيد غير التجار طبقاً لهذه القاعدة من قاعدة حرية الإثبات فـــي مواجهـــة مـــن يتعاقدون معه من التجار ويلاحظ بشأن التجار التزامهم الحرفي بقواعـــد الإثبـــات الواردة في القواعد العامة، وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن قاعدة حرية الإثبات في مواجهة التجار تنطبق في اتجاه واحد فقط وهو اتجاه غير التاجر في مواجهة التاجر (٣٦٩).

يقصد به سوى تقنين حالة قانونية موجودة بالفعل : (Cellard, Rapport .. op. cit., no. 1801 p.11)

(٣٦٦) يحيى رقم ٧١ ص ١٠٥ ومرقس رقـــم ٣٩٥ ص ٥١٨ ويشير الأخير بحق إلى جواز الاتفـــاق على عكس ذلك (رقـــم ٣٩٩ ص ٥٢٧).

(٣٦٧) أنظر القانون رقم ٤- ٧٧ الصادر في ٣ من يناير /كانون ثـــان ســـنة ١٩٧٧ (J.O. Janvier 1977) المعروف باسم مقترحة (Dially) والذي جعل مدة الاحتفاظ بأصول التصرفات المختلطة عشر سنوات أسوة بما يأخذ به القانون بالنسبة للتصرفات التجارية. وهذا القانون يعد خطوة إلـــى الأمام لأن القواعد العامة تنص على الاحتفاظ بهذه الأصول مدة تصل إلى ثلاثين عاماً.

(٣٦٨) هذا هو ما استقر عليه الفقه أيضاً : أنظر في مصر على سبيل المثال : يحيى رقـــم ٧١ ومرقس رقـــم ٣٩٥ ص ٥١٨، ومن الفقه الفرنسي :

Malengreau, op.cit.,p. 108, Chamoux: Rapport du 1975, op. cit., p. 29, La force Probante des supports modernes d'information, op. cit., p. 30, La loi du 12 Juillet1980..., op. Cit., no.22, La valeur probante de nouveaux supports d'information en Europe, Revue l'informatique et la Gestion no. 111 (décembre 1979), p. 49, Encyclopédie Dalloz, op.cit., no. 332, Capitant, op. Cit., P. 375, Mazeaud, op.cit., no. 387 p. 455, Goré,op. Cit. , p. 416, Huet et le Tourneau, op.cit., p.46, Amory et Poullet, op.cit., p.346, R. Meurisse. Le déclin de la preuve par écrit. Gaz. Pal.. 1951. 2ème sem. Doctrine, p.50, Gilbert Parléani. Un texte anachronique: Le nouvel article 109 du code de commerce (Rédaction de la loi du 12 juillet 1980. D.S.1983, Chronique XII. No.8 p.66. Viatte. Op.cit,. 583 et Yves Chartier, La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980 ou le législateur propose et la loi dispose, publié en Aspects du droit en fin du 20e siècle: études réunies en l'honneur de Marcel de Juglart, Editions LGDJ Montchrestien / Technique 1986. no 2:3:4 p.96.

(369) Cass. Civ. 1er ch. 21 Fév. 1984 Bull. Civ. 1. no. 66 p. 55 et cass. Com. 21 Juillet 1988, RTD com. 1989. 60. Observe. Jean Derruppe.

يتضح من ذلك أن غير التجار ليس لديهم ما يخشونه من التقدم التكنولوجي لوسائل الإثبات في مجال التفاوض على العقود أو إبرامها كـذلك الحـال بشـأن التجار[370] الذين لا يرون في تحمل مخاطر استخدامهم لهذه الوسائل الحديثـة إلا جزءاً من المخاطر التي يتحملونها بوصفهم من التجار[371].

---

(370) Vivant, Le Stanc, Rapp, Guilbal, Lamy: Droit de l'informatique, op.cit., no.316 p.191.

(371) G.Vandenberghe, Les solutions pour aujourd'hui en Les transactions internationales assistées par ordinateur, op.cit., p.155.

(٣) المواد المدنية: الكتابة بست حالات استثنائية:

يخرج القانون على قاعدة الكتابة في مجال الإثبات في حالات ستة وهي حالات الاتفاق بين الأطراف على ذلك، والتصرفات القانونية التي لا تتجاوز قيمة أو مبلغ معين، والاستحالة التي تعترض تقديم كتابي، وفقد السند الكتابي، ومبدأ الثبوت بالكتابة، وأخيراً الاحتيال نحو القانون. ويلاحظ على هذه الحالة الأخيرة أنها لا تعد بمثابة استثناء حقيقي على قاعدة الكتابة بل مجرد تطبيق لأصل عام في القانون وهو أن الغش يفسد كل شئ .

المطلب الثاني
" الاستثناء " فيما يجدر إثباته بالشهادة

أورد المشرع حالات خمسة وهي وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو المانع المادي أو الأدبي من الحصول على دليل كتابي، واستحالة الحصول على دليل كتابي بداية، وفقد السند الكتابي بسبب أجنبي لابد للدائن فيه، والغش نحو القانون، وقد سبق التعرض لها ضمن بحثنا لحالات وجوب الكتابة.

المبحث الثالث
إجراءات شهادة الشهود

أولاً: طالب الإثبات بشهادة الشهود:

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم جميعاً أو أحدهم؟ أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها ذلك[٣٧٢] كلما رأت

---

(٣٧٢) كلما كانت " الوقائع " وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات: نقض مدني ٢٠من أبريل/ نيسان سنة ١٩٧٥ ، مجموعة المكتب الفني، س٢٦ رقم ١٦٨ ص ٨٦٠.

فائدة ترتجي من وراء هذه الشهادة لمعرفة الحقيقة. وفي هذا المقام يتجلـــى الـــدور الإيجابي للمحكمة، فهي لا تنظر طلباً من الخصوم في هذا الشأن، بل هي تتـــولى المبادرة بطلب سماع شاهد أو أكثر ترى ضرورة لسماعه " إظهاراً للحقيقـــة "(٣٧٣) أو " فائدة للحقيقة " (مادة ٧٠ إثبات).

وليس الأمر بمقصور على ذلك، فسلطان من القاضي على طلـــب ســـماع شاهد ليس مجحوداً، فله رغم تلقي طلب سماع شاهد أو أكثر، شفاهاً أو كتابة، فـــي الجلسة ورغم تبيان طالب للوقائع التي يريد إثباتها، أن يعرض عن قبول الطلب إذا ما قدر أن يكتفي بما هو متوافر لديه من قناعة في ضوء ظروف الدعوى والأدلـــة الأخرى المتاحة في ملفها.

ثانياً: محل الشهادة: شروط ثلاثة:

يتعين توافر شروط ثلاثة في المشهود عليه حتى تنظر المحكمة في قبـــول طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليتسنى لها سماع الشاهد، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن تكون الوقائع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباتها بشهادة الشـــهود وفقاً للأحكام العامة في قانون الإثبات (مادة ٧٠ إثبات).

الشرط الثاني: أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى، منتجة فيها، جـــائزاً قبولها (مادة ٢ إثبات).

الشرط الثالث: ألا يكون بالدعوى أدلة أخرى مما تقدر المحكمـــة كفايتـــه لتكـــوين عقيدتها.

فإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة كان على المحكمة النظر في سماع شهود، ولها القبول أو الرفض في نهاية المطاف شريطة أن تبين في حكمها الأسباب التي

---

(٣٧٣) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٧٤ ص ٥٤٢.

اعتمدت عليها في رفض هذا الطلب[٣٧٤]. تطبيقاً لذلك قضى بأن"المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهري بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانوناً هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع ولم يكن في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها".[٣٧٥]

ثالثاً: الحكم بإجراء التحقيق:

يبين في هذا الحكم بالتفصيل كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها " حتى ينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته أو نفيه ".[٣٧٦] وقد جعل المشرع جزاء " التجهيل " هو " البطلان "، وهو بطلان نسبي مقرر لمصلحة الخصوم، حتى يكون كل منهم على بينة كاملة بما هو محل للتحقيق ليعد العدة إثباتاً أو نفياً، تطبيقاً لقاعدة المجابهة بالدليل.[٣٧٧]

وقد حرص المشرع على أن يحدد للتحقيق ميعاداً للبدء فيه والانتهاء منه، وهو ميعاد تنظيمي لا يترتب على مخالفته بطلان. فإذا لم يحدده القاضي المنتدب من المحكمة لسماع الشهود أو المحكمة بكامل هيئتها إن كانت هي التي ستسمع للشهود، فللقضاء أو المحكمة تدارك الأمر ذاتياً دون طلب، للخصوم أيضاً هذا الحق. ويستمر التحقيق حتى سماع كل الشهود، سواء شهود الإثبات أم شهود النفي، وعادة يتم سماعها في جلسة واحدة إلا إذا حال دون ذلك مانع (مادة ٧٣ إثبات) فإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضراً من

---

(٣٧٤) نقض مدني ١٥من أكتوبر/ تشرين أول/ سنة١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني، س١٠ رقم٨٦ ص٥٦٧، و١٠ من ديسمبر/ كانون أول سنة١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س٢١ رقم٢٠٠ ص١٢٢٧ و٣ من مارس/ آذار سنة١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، س٢٧ رقم١٥٥ ص٨٠٤.

(٣٧٥) نقض مدني ٢٠ من مارس / آذار سنة ١٩٨٦ طعن رقم ٢٣٤٤ س٥٢ ق.

(٣٧٦) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٧٤ ص٥٤٤.

(٣٧٧) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٧٥ ص٥٤٥.

الشهود بالحضور في الجلسة المحددة إلا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضي صراحة من الحضور.

* وللمحكمة أو القاضي المنتدب تمديد الموعد المقرر لسماع الشهود، وكذلك للخصوم هذا الحق. وفي حالة رفض الطلب، حيث يفصل فيه على الفور بقرار يثبت في محضر الجلسة التي يقدم فيها، جاز التظلم منه إلى المحكمة بناء على طلب شفوي يثبت في محضر جلسة التحقيق، وتفصل فيه المحكمة"على وجه السرعة"، بقرار لا يجوز الطعن فيه. وفي كل الأحوال لا يجوز التمديد لأكثر من مرة (مادة ٧٤ إثبات).

فإذا انتهى التحقيق أو انقضى الميعاد المحدد لإتمامه، حسبما تقدم، يحدد القاضي المنتدب للتحقيق أقرب جلسة لنظر الدعوى، ويخطر قلم الكتاب الخصم الغائب بهذا القرار[٣٧٨].

وفي هذا المعنى قضى بأن " التحقيق الذي يصح اتخاذه أساساً للحكم إنما هو الذي يجرى وفقاً للأحكام التي رسمها القانون لشهادة الشهود ... تلك الأحكام التي تقتضي بأن التحقيق الذي يحصل أمام المحكمة ذاتها أو بمعرفة قاضي ينـدب بذلك وتوجب أن يحلف الشاهد اليمين إلى غير ذلك من الضمانات المختلفة التي تكفل حسن سير التحقيق توصلاً إلى الحقيقة، أما ما يجري سماعه من شهود محضر الشرطة أو التحقيقات الإدارية أو أمام الخبير فلا يُعد تحقيقاً بالمعنى المقصود إذ هو مجرد إجراء ليس الغرض منه إلا أن يستهدى به كقرينة تعزز أدلة أو قرائن أخرى[٣٧٩]، كما قضى بأن ما يجريه الخبير من سماع شهود ولو أن يكون

---

(٣٧٨) فتحي عبد الرحيم رقم٤٧٥ ص٥٤٥.

(٣٧٩) نقض مدني ٦ من فبراير/ شباط سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، س٤٨ رقم٤٩ ص٢٥٧.
مع ذلك فقد قضي بأن قرار النيابة العامة بحفظ أوراق جنحة لعدم معرفة الفاعل لا يجوز حجية تمنع المحكمة المدنية من استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية المدنية: نقض مدني ٢٨ من ديسمبر / كانون أول عام ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني س ٤٨ رقم ٢٩٥ ص ١٥٨٤.

بناء على ترخيص من المحكمة لا يُعد تحقيقاً بالمعنى المقصود إذ هو إجراء لــيس الغرض منه إلا أن يهتدي به الخبير في أداء المهمة المنوطة به[٣٨٠].

رابعاً: كيفية شهادة الشهود وتقديرها:

تبدأ الشهادة بإدلاء الشاهد ببياناته كاملة من اسمه المدني مصــحوباً باســم شهرته (الذي قد يطلقه الناس عليه) أو اسمه المستعار (الذي قد يطلقه على نفسه)، وينصرف من الاسم المدني إلى الاسم الأول واسم الأب ثم اسم الجد (اسم ثلاثــي) وعادة ما يكون الاسم مطابقاً لما هو ثابت في بطاقة الهوية (بطاقة رقم قــومي أو بطاقة شخصية أو بطاقة عائلية أو جواز سفر أو رخصة قيادة)، وسنه (أو تــاريخ ميلاده)، ومهنته وموطنه.

و يدلي الشاهد بداية بالقسم المعروف[٣٨١] " والله العظيم أقول الحــق "[٣٨٢]، ثم يرد على استفسارات السائل سواء أكان رئيس المحكمــة أو أي مــن أعضــاء المحكمة، أم القاضي المنتدب للتحقيق وأولهما ما هي صلتك بأطراف النزاع. وليس في وجود قرابة أو صلة مصاهرة أو علاقة عمل ما يستدعي رد الشاهد. مع ذلــك فثبوت حرصه على جلب مغنم أو دفع مغرم – كما سبق القول – ينال مــن قيمــة شهادته[٣٨٣]. مع ذلك فقد قضت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض أنه "من المقرر أنه وإن كانت الشهادة لا تتكامل عناصرها قانوناً إلا بحلف اليمين إلا أن ذلك لا ينفــي عن الأقوال التي يدليها الشاهد بغير حلف يمين أنها شهادة، وقــد اعتبــر القــانون

---

(٣٨٠) نقض مدني ٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س٤٥ رقم٩٦ ص٤٦٤.

(٣٨١) يراعى ألا يصل الشاهد عند الحلف فيقول "والله العظيم ما أقول الحق " حيث يصــل بــذلك إلــى التحايل على القسم.

(٣٨٢) وللشاهد أن يطلب الحلف حسب الأوضاع الخاصة بديانته (مادة٨٦ إثبات).

(٣٨٣) لا تثريب على المحكمة إذا اتخذت من أقوال الشهود الذين يسمعهم الخبير بغير حلف يمين قرينــة ضمن قرائن أخرى على اكتساب مورث المطعون عليهم ملكية ارض النزاع بالتقادم الطويل، ولا يشوب حكمها خطأ في القانون إن هي لم تسمع الشهود ولم يحلفوا أمامها اليمين: نقض مــدني ١٨ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٨، مجموعة المكتب الفني، س٩ رقم١٠٤ ص٧٨٦.

الشخص شاهداً بمجرد دعوته إلى أداء الشهادة سواء أداها بعد أن يحلف اليمين أو دون أن يحلفها، ومن ثم فإن سماع أقوال الشاهد على سبيل الاستدلال دون حلف يمين – بفرض صحة ذلك – لا ينفي عن أقواله أنها شهادة[٣٨٤].

ويجوز رد الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز، رغم بلوغه سن الشهادة وهي خمس عشرة سنة، بسبب هرم (شيخوخة)[٣٨٥]، أو حداثة، أو مرض أو لأي سبب آخر تقدره المحكمة (مادة ٨٣ إثبات) على العكس، نقبل شهادة من هو دون الخامسة عشرة من عمره " على سبيل الاستدلال " إن رأت المحكمة لذلك ما يبرره.

وليس مقبولاً أن تسمع شهادة في حضور شاهد آخر إلا إذا كان قد أدلى بشهادته بالفعل، حتى لا يتأثر بشهادة من سبقه. وإن كان لم يترتب بطلاناً على ذلك، فإن المحكمة تقتضي غير ذلك.

وليس مقبولاً مقاطعة الشاهد في استرساله، فتسمع الشهادة دون مقاطعة من الخصم، ولهذا ما يبرره من عدم التأثير على اطمئنان الشاهد في استرساله، فلا تقطع أفكاره أو تشوش أو يضطرب فيبدو عليه مالا يجب أن يبدو عليه الشاهد المطمئن الوجدان السليم النية الحريص على إعلان كلمة الحق.

ولا يشترط أن تتم الشهادة بالقول، فيمكن أن تتم بالإشارة المفهومة من الأبكم أو الأصم أو الأبكم الأصم[٣٨٦] ، أو بأي وسيلة يبين بها مراده (مادة ٨٣ إثبات).

والأصل أن يروي الشاهد شهادته دون الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن من المحكمة إن هي رأت في طبيعة النزاع ما يسوغ ذلك (مادة ٩٠ إثبات).

---

(٣٨٤) نقض مدني ٢ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٢، مجموعة المكتب الفني، س٤٣ رقم٢٢٢ ص١١٠١.

(٣٨٥) وليس من الهرم، الكهولة، لأن الكهل هو من كان في الثلاثينيات من عمره.

(٣٨٦) عادة يجتمع الصم والبكم.

وتروى الشهادة من الشاهد على مرحلتين أولهما يجيب فيها على ما دعـي للشهادة به ثم ينتقل ثانياً إلى الرد على كلام الشاهد وقت أداء الشـهادة (مـادة ٨٧ إثبات)، فإذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد – من خلال المحكمة فهي وحـدها من يوجه الأسئلة ويقدر ملاءمتها وارتباطها بموضوع النزاع – فليس لـه طـرح أسئلة جديدة، ولو كان في ذلك في حدود ما أثاره خصمه في جلسة الاستجواب، إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب (مادة٨٨ إثبات). فإذا رفضت المحكمة – توجيه السؤال لاعتبارات تقدرها– كما لو كان غير متعلق بالواقعة محل الإثبات أو غيـر منتج فيها وأنه كيدي غير لائق(٣٨٧) أو إيحائي بالإجابة، فعليها أن تثبت السؤال في محضر الجلسة و تثبت قرارها برفض توجيهه.

وفي كل الأحوال تدون شهادة الشهود في محضر الجلسة أو للجلسات، عند التعدد، ويوقع عليها الشاهد. وللشاهد أن يطلب، هو أو أحد الخصوم، إعادة تـلاوة الشهادة عليه ليصحح ما يرى لزوماً لتصحيحه، قبل التوقيع. فإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه في صلب المحضر. وبديهي أن يكون التوقيع على كل الصـفحات التي تتضمن شهادته وليس فقط في نهاية أقواله.

وللشاهد أن يطلب تقدير مصروفات له عن حضوره للشـهادة، وتقـدرها المحكمة.

ويراعى أن يكون للخصوم الحق في الاطلاع على محضر التحقيق إذا لـم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت في نفـس الجلسة التي سمع فيها الشهود.

خامساً: أحوال امتناع الشهادة:

يحظر القانون – لاعتبارات يقدر مناسبتها – سماع شهود بعينهم في أنزعه بعينها، ولا يقتصر ذلك على الأحوال التي يثبت فيها هـرم أو حداثـة أو مـرض الشاهد بما يحول دونه ودون إدراك ما يشـهد عليـه أو الإدلاء بشـهادته، وإنمـا

---

(٣٨٧) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٧٧ ص٥٤٨.

ينصرف إلى الأحوال التي تقتضي فيها ذلك سرية الإدارة أو سرية حسابات البنوك أو سر المهنة الحرة أو علاقة زوجية انفصمت.

تطبيقاً لذلك، يحظر المشرع ما يلي:

* شهادة الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة، ولو بعد تركهم العمل، عما يكون قد وصل إلى علمهم أثناء قيامهم به من معلومات تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها. وهذا الإذن يجوز للسلطة المختصة إصداره بناء على طلب المحكمة أو أي من الخصوم (مادة ٦٥ إثبات).

شهادة أرباب المهن الحرة من محامين وأطباء ومحاسبين أو غيرهم من الأمناء على الأسرار أو من في حكمهم مثل المعالجين النفسيين والصيادلة وممن يتصل علمهم بطريق مهنتهم بواقعة أو معلومات، حيث أن في إدلائهم بالشهادة، ولو بعد انتهاء خدمتهم أو مهمتهم، إخلال بسر المهنة.

وقد أورد المشرع على هذا الحظر استثنائين شريطة ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة:

الأول: حالة طلب أصحاب الشأن ممن أسروا بهذه الشهادة، الإدلاء بها.

الثاني: حالة كون ما أسر بهم إليه يقصد به ارتكاب جريمة.

* شهادة الزوج على زوجه بما سمعه أو شهده أثناء الزوجية، بعد انفصام عراها ما لم يكن ذلك في معرض دعوى مرفوعة من أحدهما على الآخر (مادة ٧٦ إثبات).

سادساً: سلطة المحكمة في العدول عن سماع شهادة الشهود:

يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب عدولها.

وفي هذا الشأن قضي بأن تخلف الخصم عن إحضار شاهده أو تكليفه بالحضور في الجلسة المحددة وفي الجلسة التالية رغم إلزامه من المحكمة، مؤداه سقوط حق الخصم في الاستشهاد به(٣٨٨). مع ذلك فقد قضي بانتفاء مبرر رفض

---

(٣٨٨) نقض مدني ٢٧ من يوليه سنة ١٩٩٣ (طعن رقم ١٢٨ س٦٠ ق).

طلب الشهادة لمجرد عدم إحضار الشهود حيث لا بدل ذلك بذاته على أن مرجع ذلك هو رغبة الخصم في الكيد لخصمه بإطالة أمد النزاع بلا مبرر أو أنه لا يستطيع التوصل إلى حضور الشاهد بعد ذلك، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه معيباً بالقصور والإخلال بحق الدفاع.[٣٨٩]

سابعاً: سلطة المحكمة في تقدير شهادة الشهود :

تقدير الشهادة مسألة موضوعية لا يصح الجدل فيها أمام محكمة النقض متى كان استخلاص المحكمة سائغاً[٣٩٠]، حيث يخضع تقدير شهادة الشهود لمحكمة الموضوع، باعتبار أن تقدير شهادة الشهود من صميم واجب القاضي لا يجوز له التخلي عنه لغيره[٣٩١]، متى كان استخلاص المحكمة سائغاً[٣٩٢]، "لمحكمة الموضوع استخلاص ما تراه من أقوال الشهود وإقامة قضائها على ما تستخلصه منها متى كان استخلاصها سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق دون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض، كما أنه لا إلزام عليها ببيان أسباب ترجيحها لما اطمأنت إليه من أقوال واطراحها لسواها[٣٩٣]. كذلك قضى بأن المحكمة لا تخل بحق الخصم في الدفاع إن هي رفضت سماع شاهد طلب الخصم سماعه استناداً إلى أنه لم يكن لديه عذر في عدم إعلانه أمام محكمة أول درجة بعد أن أحيلت الدعوى على التحقيق أمامها وأن أوراق الدعوى والأدلة المقدمة فيها كافية لتكوين رأيها في

---

(٣٨٩) نقض مدني ١٦ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٨٣ (طعن رقم ١٨٨٣ س ٤٩ ق).

(٣٩٠) نقض مدني ١٨ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٥٨، مجموعة المكتب الفني، س٩ رقم١٠٤ ص٧٨٦.

(٣٩١) نقض مدني ٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س٤٥ رقم٩٦ ص٤٦٤.

(٣٩٢) نقض مدني ١٨ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٥٨، مجموعة المكتب الفني، س٩ رقم١٠٤ ص٧٨٦.

(٣٩٣) نقض مدني ٢٦ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٧٣، مجموعة المكتب الفني، س٢٤ رقم١٦٨ ص٩٦٧، ويتعين بيان مواقع الغموض والقصور والتناقض والتجهيل في شهادة الشهود في أسباب الطعن بالنقض في الحكم الذي استند إليها : نقض مدني ١٥ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٥١، مجموعة المكتب الفني، س٢ رقم٤٣ ص٤٢.

الحكم[٣٩٤]، ويكن طرح المحكمة شهادة شهود من ألقى عليه عــبء الإثبــات دون إلزام بمناقشة شهود الخصم متى لم يثبت ما يستوجب نفيه من جانبه[٣٩٥].

المبحث الرابع
دعوى التحقيق الأصلية

يقصد بدعوى التحقيق الأصلية، دعوى ترفع على نفقة رافعها[٣٩٦]، من كل ذي شأن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد في مسألة لــم تطــرح بعــد علــى القضاء، توطئه لعرضها في المستقبل، فيدلي الشاهد بشهادته فــي مواجهــة ذوي الشأن (مادة ٩٦ إثبات)، وهم كل من يعنيهم موضوعها ومقصود الاحتجاج علــيهم بها[٣٩٧]. وترفع الدعوى ويختصم فيها كل ذي شأن ليحتج عليهم بهذه الشهادة، أمام القضاء المستعجل، وذلك يقتضي بداهة، توافر شروط الاستعجال والخشــية مــن ضياع الدليل، كأن يكون الشاهد بصدد الهجرة إلى كندا أو استراليا، أو مقدم علــى عملية جراحية حرجة قد تنتهي بوفاته أو فقدانه القدرة علــى الإدلاء بالشــهادة، أو يكون معاراً للعمل خارج مصر لفترة زمنية. ففي كل هذه الأمثلة، يتوافر شــروط العجلة، وتكون الدعوى مقبولة، حيث في قبولها احتياط لــدفع ضــرر محــدق أو استيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع (مادة ٣ مرافعات).

فإذا رفعت الدعوى بأصل النزاع أمام القضاء، ورأت محكمة الموضــوع جواز الشهادة على الواقعة القانونية المعينة بشهادة الشهود، فيجوز تسليم صورة من محضر التحقيق وتقديمه إلى المحكمة، وللخصم أن يعترض على ما ورد في هــذه

---

(٣٩٤) نقض مدني ٢٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٥٣، مجموعة المكتب الفني، س٤ رقم١١٢ ص٧٥٦.

(٣٩٥) نقض مدني ٨ من فبراير/ شباط سنة ١٩٥١، مجموعة المكتب الفني، س٢ رقم٦٤ ص٣٣٦.

(٣٩٦) محمد حسين منصور ص ١٥٦.

(٣٩٧) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٨١ ص ٥٥١.

الشهادة ويطلب الاستعانة بشهود نفي لمصلحته (مادة٩٧)، علماً بأنـــه يجـــب أن يكون مختصماً في دعوى التحقيق الأصلية بداية.

الفصل الرابع
حجية الأحكام الجنائية على القضاء المدني

تنشأ دعويان من الجريمة الواحدة، أحدهما جنائية والأخرى مدنية، وتقتضي مصداقية العدالة أن يتجنب أي تعارض محتمل بين حكم وآخر، وهو ما قنع معه المشرع بجعل الغلبة للحكم الجنائي على الحكم المدني، وللدعوى الجنائية على الدعوى المدنية، وذلك على التفصيل التالي:

المبدأ الأول: غلبة الحكم الجنائي على الحكم المدني:

فيلتزم القاضي المدني بالحكم الجنائي التزاماً كاملاً، ويمتنع عليه التصدي له بالتحليل أو التفسير أو التأويل بهدف إفراغه من مضمونه والنتيجة التي انتهى إليها. تطبيقاً لذلك قضي بأن " ... الحكم الجنائي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو الذي يقيد القضاء المدني فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم وهذه الحجية لا تثبت إلا للأحكام الفاصلة في الدعوى الجنائية دون غيرها من الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لأن القرارات لا تفصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة وإنما تفصل في توافر أو عدم توافر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة المختصة للفصل في موضوعها ومن ثم فلا تكتسب هذه القرارات أية حجية أمام القضاء المدني، ويكون له أن يقضي بتوافر الدليل على وقوع الجريمة أو نسبتها إلى المتهم على خلاف القرار الصادر من سلطة التحقيق. لما كان ذلك، فإن قرار النيابة بحفظ أوراق جنحة لعدم معرفة الفاعل لا يحوز حجية تمنع المحكمة المدنية من استخلاص الخطأ الموجي للمسئولية المدنية "[٣٩٨].

المبدأ الثاني: غلبة الدعوى الجنائية على الدعوى المدنية: فرضان:

الفرض الأول: دعويان بدون حكم: صورتان:

---

(٣٩٨) نقض مدني ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، س٤٨ رقم ٢٩٥ ص ١٥٨٤.

* الصورة الأولى: الدعوى الجنائية أسبق من الدعوى المدنية، فيلتـزم القاضـي المدني بوقف دعواه لحين الفصل في الدعوى الجنائية.

- الصورة الثانية: الدعوى المدنية أسبق من الدعوى الجنائية، فيلتزم القاضي المدني بوقف دعواه لحين الفصل في الدعوى الجنائية، القائمة قبل رفعها أو في أثناء السير فيها[399]
- **الفرض الثاني: دعويان بحكم: صورتان:**

* الصورة الأولى: الحكم الجنائي اسبق إلى الصدور، فيكون للحكم الجنائي حجيته على القضاء المدني احتراماً لغلبة الحكم الجنائي المقرر له قانوناً، شريطة أن يكون الحكم حكم بات فاصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة، ولا يقبـل الطعن فيه إما لاستنفاد طرق الطعن الجائزة وإما لفوات مواعيدها[400]. مفاد ذلك أن ما قد صدر من قرارات غير فاصلة في موضوع الدعوى الجنائية على هذا النحـو لا حجية له على القضاء المدني، باعتبار أنه يفصل فـي تـوافر أو عـدم تـوافر الظروف التي تجعل الـدعوى صـالحة لإحالتهـا إلـى المحكمـة للفصـل فـي موضوعها[٤٠١].

وفي هذا المعنى قضى بأن " .. ما جرى عليه قضـاء هـذه المحكمـة أن الحكـم الصادر في المواد الجنائية تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في دفوع الفعل المكون للأسـاس المشـترك بـين الدعويين الجنائية والمدنية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور يمتنع على المحاكم أن تعيد بحثها ويتعـين عليها أن تلتزم بها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها حتـى لا يكـون حكمهـا مخالفاً للحكم الجنائي السابق له "[٤٠٢].كما قضى بأن المقرر فـي قضـاء محكمـة النقض أن الحكم الصادر في المواد الجنائية تكون له حجيته في الـدعوى المدنيـة

---

٣٩٩) نقض مدني ٢٦ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٩٩ ، مجموعة المكتب الفني، سنة ٥٠، ج٢ رقم ٢٠٤ ص ١٠٤١.

٤٠٠) نقض مدني ٣١ من أكتوبر/تشرين أول سنة ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني، س ٣٦ رقم ٢٠٠ ص ٩٦٨ و ٢٦ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٩٩ ، مجموعة المكتب الفني، س٥٠ رقم ٢٠٥ ص ١٠٤٥.

(٣٩٩) نقض جنائي ٣٠ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، س ٢٧ رقم٦٩ ص٣٠٧.

(٤٠٠) نقض مدني ٢٦ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٣ (طعن رقم ٦٣٢ س ٤٩ق).

كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأســـاس المشـــترك بـــين الدعويين الجنائية والمدنية في الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، ولما كان ذلك وكانت محكمة جنح مستأنف عابدين، منعقدة بهيئة غرفة مشـــورة، فقــد قررت رفض طلب المطعون ضدها الأولى تسليمها المنقولات محل النزاع استناداً إلى عدم اختصاصها بنظر هذا الطلب، فإنها لا تكون قد فصلت في شـــأن النـــزاع الخاص بملكية المنقولات ولا يكون لهذا القرار ثمة حجية أمام القضاء المدني(٤٠٣).

كذلك قضي بأن " المشرع ارتأى – كنتيجة لازمة لمبدأ تقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي فيما يتعلق بوقوع الجريمة ووصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها – أنه يتعين على المحكمة المدنية – إذا كان أساس الدعوى المدنية هو الفعـــل ذاتـــه الذي فصلت فيه المحكمة الجنائية – أن توقف السير في الدعوى المطروحة عليهـــا درءاً لما قد يقع من تناقض بين الحكمين الجنائي والمدني في المسألة الواحدة(404)

* الصورة الثانية: الحكم المدني أسبق إلى الصدور، فلا يكون للحكم المـــدني أيـــة حجية على القضاء الجنائي فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها (المادتان ٢٦٥ و ٤٥٧ إجراءات جنائية).

ويفرق في هذا الصدد بين حكم جنائي صادر بالإدانة وآخر صادر بالبراءة:

الحالة الأولى: الحكم الجنائي صادر بالإدانة، يتقيد به القاضي المدني فيما يخـــص وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، ويقتصر دوره على تقـــدير قيمـــة التعـــويض فحسب.

---

(٤٠١) نقض مدني ٢٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، س٣٨ رقم١٣٢ ص٦١٢.

(404) نقض مدني ٢٦ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٩٩ ، مجموعة المكتب الفني، سنة ٥٠، ج٢ رقم ٢٠٤ ص ١٠٤١.

الحالة الثانية: الحكم الجنائي صادر بالبراءة: فرضان:

الفرض الأول: أساس البراءة هو انتفاء الواقعة المنسوبة إلى المتهم أو عدم كفاية الأدلة على نسبتها إليه، فالحجية تنطبق، ولا يجوز للقاضي المدني التحلل منها.

الفرض الثاني: أساس البراءة هو انتفاء الجرم أو التجريم أو حتى العقاب (موت المتهم أو العفو عنه أو انقضاء الدعوى الجنائية)، فلا جناح على القاضي المدني في غض النظر عن الحكم الجنائي بشرط أن يسبغ وصف الخطأ على ما وقع، فليس كل خطأ مدني مجرم، ومن ثم يكفي أن يكون الخطأ قائماً في وجدان المحكمة ويقينها ليستحق التعويض.

الفصل الخامس
القرائن و حجية الأمر المقضي أو الشيء المحكوم فيه
أو القضية المحكوم بها[٤٠٥]
Autorité de la Chose Jugée

يعتبر الفقه القرائن وحجية الأمر المقضي، بحكم ورودهما في باب واحد بفصلين مستقلين، قاعدة موضوعية وليس قرينة قانونية، حيث لا يجوز إثبات عكس الحجية بأي طريق من طرق الإثبات[٤٠٦]، وبشيء من التفصيل نعرض القرائن وحجيتها (المبحث الأول)، و حجية الأمر المقضي (المبحث الثاني)، وفي إطار المبحث الثاني نبحث حالة خاصة لزوال قوة الشيء المقضي فيه وهي حالة سحب محكمة النقض لحكمها، وذلك كله على النحو التالي:

المبحث الأول
القرائن وحجيتها

أولاً: تعريف القرينة، هي استخلاص أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة[٤٠٧] أخذاً بالغالب حيث يغلب، بطريق اللزوم العقلي[٤٠٨]، تحقق المجهول ما تحقق المعلوم[٤٠٩]، وهذا الاستخلاص قد يتم بمعرفة المشرع فنكون بصدد قرينة قانونية

---

(٤٠٢) أنور سلطان رقم ١٤٢ ص ١٧٣.

(٤٠٣) سلطان رقم ١٣٠ ص١٥٩.

(٤٠٤) نقض مدني ٢٧ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٦١، مجموعة المكتب الفني، س١٢ رقم٥٦ ص٣٩٩.

(٤٠٥) همام ص٥٦٨.

(٤٠٦) سلطان رقم١٣١ ص١٦١.

يترتب عليها إما نقل عبء الإثبات من على عاتق المكلف به إن كانت قرينة بسيطة (قرينة قانونية غير قاطعة) وإما إعفاء نهائي له من الإثبات (قرينة قانونية قاطعة)، فإذا كان المستخلص هو القاضي كنا بصدد قرينة قانونية لم ترد لها حصراً يستخلصها القاضي، في حدود سلطاته، من ظروف الدعوى وواقعاتها.

ثانياً: القرائن القضائية، وهي كل قرينة يقدر القاضي استنباطها، وتغنيه عن الشاهد[٤١٠]، كلما كان الإثبات جائزاً بالبينة أي شهادة الشهود. ونضرب مثلاً بصورية البيع حيث يستدل القاضي عليها بحصول التصرف بدون عوض أو ضيق ذات يد المشتري أو ضآلة القيمة المقدرة على سبيل الثمن أو عدم شهر التصرف[٤١١]، أو حيازة المتصرف للمال حتى وفاته أو مصادقة المشتري على تصرف البائع مصادقة ثانية[٤١٢]، أو أقوال شهود في تحقيق قضائي أو إداري[٤١٣] أو محضر جمع استدلالات "شرطي"[٤١٤] أو مستندات تراها واضحة الدلالة في استخلاص القرينة دون حاجة إلى إجراء تحقيق بنفسها[٤١٥]، أو معاينة أجرها خبير[٤١٦] أو شهادة شهود استمع إليهم الخبير دون تحليفهم يمين[٤١٧]، أو تسليم

---

(٤٠٧) نقض مدني ١٠ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم٢٣٩ ص١٢١٧.

(٤٠٨) يعصم الشهر من اعتبار التصرف وصية حال وجود قرائن مغايرة: استئناف مصر ٢٣ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٢٧،المحاماة، رقم ١٤٣ ص١٩١.

(٤٠٩) سلطان رقم١٣٢ ص١٦٢.

(٤١٠) نقض مدني ١٠ من مايو/ آيار سنة ١٩٥١، مجموعة الربع قرن، ص٧٩.

(٤١١) نقض مدني ٨ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم٣٢٦ ص١٦٩٩.

(٤١٢) نقض مدني ٢٣ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٢٠ رقم٢٤ ص١٤٤.

(٤١٣) نقض مدني ٢٣ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٢٠ رقم٢٤ ص١٤٤.

(٤١٤) نقض مدني ١٨ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٥٨، مجموعة المكتب الفني، س٩ رقم١٠٤ ص٧٨٦، و نقض مدني ٢٣ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٢٠

المبيع كله أو جزء منه للدلالة على وقوع البيع[٤١٨]، أو يمين نكــل الخصــم عــن حلفها[٤١٩]، أو أي مصدر آخر تراه[٤٢٠]. ولا مجال لرقابة محكمة النقض على هذا الاستخلاص مادام سائغاً[٤٢١] عقلاً ومنطقاً، دون أن يكون الموضوع ملتزماً بتنفيــذ كل قرينة يستند إليها الخصم، وليس مقصوداً الدلالة المحكمة على الواقعة الأصلية وإنما يكفي أن تكون ذات دلالة محتملة عقلاً لما انتهت إليه المحكمة[٤٢٢].

ولا يرخص المشرع باستخلاص قرائن قضائية إلا فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود مثل الوقائع المادية والمعاملات التجارية المختلطة فيما يخص المدني فــي مواجهة التاجر أو المعاملات التجارية الصرفة، أو التصرف المدني الذي لا يتجاوز قيمة مالية محددة (خمسمائة جنيه في التشريع الحالي للمرافعات المدنية والتجارية)، على العكس لا تقبل القرائن القضائية في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي أو التصرفات القانونية التي يستلزم القانون كتابتها.

رقم٢٤ ص١٤٤، و٦ من فبراير/ شباط سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتــب الفنــي، س٤٨ رقــم٤٩ ص٢٥٧.

(٤١٥) نقض مدني ١٥ من فبراير/ شباط سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني، س١٣ رقم٣٦ ص٢٢٨.

(٤١٦) نقض مدني ٤ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٥١، مجموعة المكتب الفني، س٢ رقم٤٢ ص٢١٩.

(٤١٧) نقض مدني ١٣ من فبراير/ شباط سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٢٠ رقم٥١ ص٣١٧، ولو كان واجباً تكميلها بكافة طرق الإثبات المستنتجة من ظروف الدعوى الخاصة، كما هو الحال بالنسبة لاعتبار المنقولات التي توضع في منزل الزوجية شاملة الجهــاز الــذي تحــوزه المــرأة المصرية مسلمة كانت أو قبطية، سواء من والدها أو من المهر الذي يدفعه الزوج (استئناف مختلط ٢٣ من مارس/ آذار سنة ١٩٣٥، المحاماة، س١٦، ٢٤٦، ٢٩١.

(٤١٨) نقض مدني ١٥ من فبراير/ شباط سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني، س١٣ رقم٣٦ ص٢٢٨، قضى بأن استخلاص المحاكمة مزاولة الطاعنين لنشاط المقاولات المستأهل لفرض ضريبة عليهم من أن حرفة أحدهما ببطاقته العائلية "تاجر ومقاول" وما ثبت من المعاينة من أن المنشأة قد اتخذت عنواناً لها ينطوي على التجارة والمقاولات، ولا ينهض دليلاً على ذلك، فضلاً عن قصــوره فــي التسبيب ويكون معيباً بالفساد في الاستدلال: نقض مدني ١٣ من يناير/ كانون ثان ســنة ١٩٩٢، مجموعة المكتب الفني، س٤٣ رقم٣٥ ص١٥٨.

(٤١٩) همام ص٥٨٠.

وقد تحولت العديد من القرائن القضائية إلى قرائن قانونية بعد إصدار القضاء لها، ومنها قرينة خطأ حارس البناء المتقادم من مجرد انهدام البناء باعتباره راجعاً إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه دون حاجة إلى إثبات (مادة ١٧٧ مدني)، قرينة الوفاء بالأجرة السابقة المستخلصة من تحصيل أجرة لاحقة (قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس/ مادة ٥٨٧ مدني)، وقرينة استخلاص نية الإيصاء من احتفاظ البائع لنفسه بحيازة المبيع طوال حياته فلا يؤول إلى المتصرف إليه إلا بعد وفاته حتى يخلص له الانتفاع بالعين مادام حياً (قرينة بسيطة – قابلة لإثبات العكس/ مادة ٩١٧ مدني).

على العكس تحولت قرائن قانونية إلى قرائن قضائية[٤٢٣]، مثال ذلك المادة ٢١٩/٢٨٤ مدني ملغى حيث كانت تعتبر وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة قانونية على الوفاء إلى أن يقيم الدائن الدليل على العكس(مادة ٢٢٠/٢٨٥ مدني ملغى).

وكما قيل بحق "رغم التطابق في النطاق بين ما يصح إثباته بالبينة والقرائن فإنه يصح لقاضي الموضوع أن يرفض طلب الإثبات بشهادة الشهود اكتفاءً بما توافر لديه من قرائن قضائية قدرها كافية لتكوين عقيدته"[٤٢٤].

وبديهي أن يكون للقرينة القضائية المقضي بها، حجية بين الخصوم وبالبينة للكافة لأن أساسها وقائع مادية يتحقق القاضي من ثبوتها ويبنى عليها استنباطه بما ينتفي معه شبهة اصطناع أحد الخصوم دليلاً لنفسه أو تسليمه لحق عليه لخصمه إضراراً بالغير[٤٢٥].

ثالثاً: القرائن القانونية، وهي القرائن التي يستخلصها المشرع بهدف إغناء من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات. والأصل في القرينة

---

(٤٢٠) همام ص٥٦٩.

(٤٢١) همام ص٥٨٣.

(٤٢٢) همام ص ٥٨٤.

القانونية أنها بسيطة مالم يرد دليل مخالف. فيكتفي بالمفردة القرينة لمصلحته بإقامة الدليل على الواقعة المعلومة التي ربط بينهما المشرع وبين الواقعة المجهلة.

وتتمثل حكمة الأخذ بالقرينة القانونية في أحد أمور ثلاثة:

الأمر الأول: معاونة من تقع عليه عبء الإثبات:

* كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز (مادة ١٧٣ مدني).

* ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف على الحرفة، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف. وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج (مادة ١٧٣ مدني).

* ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية (مادة ١٧٣ مدني).

الأمر الثاني: الأخذ بالمألوف الدارج لدى العامة:

* التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته (مادة ١٩ إثبات).

* وكذلك يكون الحكم إذا اثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين (مادة ١٩ إثبات).

* التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود (مـادة ٩٠ مدني).

* ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً (مادة ٩٠ مدني).

الأمر الثالث: منع التحايل على القانون:

* كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصـية أيـاً كانـت التسمية التي تعطى لهذا التصرف (مادة ٩١٦ مدني).

* وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتـاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً (مادة ٩١٦ مدني).

* وإذا اثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مـرض المـوت، اعتبـر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه (مادة ٩١٦ مدني).

* إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العـين التـي تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، أعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك (مادة ٩١٧).

ونفرق عادة بين نوعين من القرائن القانونية:

قرائن قانونية بسيطة أو غير قطعية (Présomptions Simples ou réfragables) يجوز نقضها بإثبات عكسها:

* يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود (مادة ١٠٠ إثبات).

* كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لـم يقـم الدليل على غير ذلك (مادة ١٣٧ مدني).

* ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل علـى مـا يخالف ذلك، فإن قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سـبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه (مادة ١٣٧ مدني)[٤٢٦].

* إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمتـه مـن ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليهـا (مدينة ٢٣٩ مدني).

* الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك (مادة ٥٨٧ مدني).

قرائن قانونيـة مطلقـة أو قاطعـة (présomptions absolues ou irréfragables)، لا يجوز نقضها بإثبات عكسها:

* الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجيـة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بـذات الحـق محلاً وسبباً. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها (مادة ١٠١ إثبات).

* حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان مـن ضـرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كـان بسـبب أجنبي لا يد له فيه (مادة ١٧٦ مدني).

* كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عنايـة خاصـة أو حراسـة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبـت أن وقـوع

---

(٤٢٣) نقض مدني ٢٧ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني، س١٣ رقـم ١٩١ ص١٢١٤.

الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة (مادة ١٧٨ مدني).

* إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه (مادة ٢١٥ مدني).

* المستأجر مسئولاً عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه (مادة ٥٨٤ مدني).

* فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد، كان كل منهم مسئولاً عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيماً في العقار، هذا ما لم يثبت أن النار ابتداء شبوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئول عن الحريق (مادة ٥٨٤ مدني).

ويلاحظ أن عدم القابلية لإثبات العكس لا يستبعد إمكان دحضها بإقرار أو يمين يردها، ما لم تكن حقيقتها قواعد موضوعية إجبارية(٤٢٧)، حيث تختفي القرينة وراء الحكم الموضوعي ولا تستبين إلا في الدوافع والمبررات التي دعت إلى وضعه(٤٢٨)والأمثلة عليها عديدة كالتالي:

* سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية (مادة ٢/٤٤ مدني).

* كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف (مادة ٩١٥ مدني).

---

(٤٢٤) سلطان رقم١٤٠ ص١٧٠.

(٤٢٥) السنهوري، رقم٧٦١.

* وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً (مادة ٩١٥ مدني).

* وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه (مادة ٩١٥ مدني).

* يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها (مادة ١/١٧٤ مدني)

ولا مجال للأخذ بالرأي القائل(٤٢٩) بأن القرائن القانونية القاطعة التي لا تقبل الدحض بإقرار أو يمين هي المتعلقة بالصالح العام، دون تلك المتعلقة بالصالح الخاص التي أجاز المشرع دحضها بإقرار أو يمين.

ونخلص فيما يلي إلى الفروق بين القرائن القانونية والقرائن القضائية(٤٣٠):

وجه المقارنة	القرائن القانونية	القرائن القضائية
التعداد القطعية	على سبيل الحصر بعضها نسبي وبعضها قاطع	على سبيل المثال كلها غير قطعية أي قابلة لإثبات العكس
الإيجابية	دليل سلبي يعفي من تقررت لمصلحته مؤقتاً أو نهائياً من الإثبات	دليل إيجابي

المبحث الثاني

---

(٤٢٦) توفيق فرج رقم ٧٧.

(٤٢٧) همام ص ٥٦٩.

كانت المادة ٤٠٥ مدني تنص على أنه " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم جواز نظر الدعوى من تلقاء نفسها " وجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصـــدار قانون الإثبات بنص جديد في مادته الأولى مفاد إلغاء المواد ٣٨٩ إلى ٤٢٧ مـــن القانون المدني (الباب السادس من الكتاب الأول – القسم الأول)[٤٣١]، وكلها تتعلـــق بإثبات الالتزام، وبات مقتضى ذلك هو أن المادة ١٠١ إثبات أصبحت وحدها واجبة النفاذ فيما نصت عليه من حجية الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضـــي، وهـــي قاعدة من النظام العام تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها، ويمتنع على الخصـــوم التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع في شأن حق جزئي آخر من المسألة الكلية الشاملة التي قضى فيها بين الخصوم أنفسهم، مادام هذا الحـــق متوقـــف ثبوتـــه أو انتفائه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصـــوم أنفســـهم أو على انتفائها[٤٣٢].

مع ذلك فللمحكوم عليه أن ينزل عن الحكم الصادر لصـــالحه شـــريطة أن يتيح التنازل عن هذا الحق النزول عن الحق الثابت به (مادة ٤٥ مرافعات مدنيـــة وتجارية) و (المادة ١٠١ إثبـــات)، وكـــذلك المـــذكرة الإيضـــاحية لهـــذه المـــادة الأخيرة[٤٣٣].

ويحتاج هذا كله إلى بعض التفصيل للإحاطة بكل ما تقدم:

---

(٤٢٨) الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ الصادر في ٣٠ من مايو/ آيار سنة ١٩٦٨.

(٤٢٩) نقض مدني ٢١ من مايو/ آيار ســـنة ١٩٧٥، مجموعـــة المكتـــب الفنـــي، س ٢٦ رقـــم ٢٠٢ ص١٠٦٢.

(٤٣٠) نقض مدني ٤ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨ رقم ١٩٦ ص١١٤٦.

أولاً: تعريف: يقصد بحجية الأمر المقضي، حجية الحكم فيما بين الخصوم كلما اتخذ النزاع خصوماً ومحلاً وموضوعاً وسبباً[٤٣٤]، فيكون الحكم حجة فيما فصل فيه[٤٣٥]، ويسلم بصحته فيما تضمنه من حيث المنطوق وما يتصل بهذا المنطوق اتصالاً حتمياً[٤٣٦] من أسباب وإجراءات، فيكون الحكم عنواناً للحقيقة، ويمتنع على الخصوم المجادلة فيه اللهم إلا بالطرق المقررة قانوناً للطعن في الأحكام، ووجب على المحكمة القضاء بهذه الحجية من تلقاء نفسها [٤٣٧]. باعتبارها متعلقة بالنظام العام[٤٣٨]، وللخصوم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض. مع ذلك فللمحكوم له النزول عن الحكم الصادر لصالحه[٤٣٩]. وغالباً ما تثور مسألة "الحجية" في صورة دفع بعدم جواز سماع الدعوى أو بعدم قبولها لسبق الفصل فيها[٤٤٠]، وبذلك " ينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المقضي به في تخويل الخصوم حق "الدفع بسبق الفصل" وتخويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسه. ويراعى أن هذا الدفع يعتبر دفعاً قطعياً بعدم القبول، يترتب عليه "امتناع التقاضي" بالنسبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم، متى اتحد مع سبق الفصل

---

(٤٣١) نقض مدني ٢١ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني،س٢٦ رقم ١٩٨ ص١٠٤٠، ونقض مدني في ٢ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٢، مجموعة المكتب الفني، س٤٣ رقم٢٢٣ ص١١٠٢.

(٤٣٢) "الحكم الذي يجيز الإثبات بطريق معين لا يحوز حجية الأمر المقضي إلا إذا كان قد حسم النزاع بين الخصوم على وسيلة الإثبات بعد أن تجادلوا في جوازها أو عدم جوازها": نقض مدني ٩ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٢، مجموعة المكتب الفني، س٢٣ رقم٥٥ ص٣٤٩.

(٤٣٣) نقض مدني ٢٥ من مايو سنة ١٩٩٩، مجموعة المكتب الفني س٥٠ رقم ١٤٣ ص٧١٧.

(٤٣٤) مادة ١٠١(إثبات).

(٤٣٥) نقض مدني أول يونيو/ حزيران سنة١٩٨٦، طعن رقم ٨٤٤ س ٤٩ ق.

(٤٣٦) نقض مدني ٤ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨ رقم١٩٦ ص ١١٤٦ و نقض مدني في ٢٥ من مايو / آيار سنة ١٩٩٩، مجموعة المكتب الفني، س ٥٠ ج١ رقم ١٤٣ ص ٧١٧.

(٤٣٧) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٩١ ص ٥٦٢.

فيه سبباً وموضوعاً، وعلى هذا النحو يمتنع على الخصوم الترافع إلـى القضـاء لإعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه "[٤٤١]. وفي هذا المعنى قضي بأن " المقـرر – في قضاء هذه المحكمة – أن تعليق أمر الفصل في الدعوى حتى يفصل في مسألة أخرى ترى المحكمة ضرورة الفصل فيها والحكم بوقفها لهذا السبب يجعـل حكـم الوقف حكماً قطعياً فيما تضمنه من عدم جواز الفصل في موضوعها قبـل تنفيـذ مقتضاه بحيث يمتنع على المحكمة معاودة النظر في الموضوع قبل أن يقـدم لهـا الدليل على تنفيذ ذلك الحكم"[٤٤٢]، كذلك قضي بأن " ... اكتسـاب حكـم محكمـة النقض حجية الشيء المحكوم فيه يحول دون محكمة الاستئناف والمسـاس بهـذه الحجية كما لا تستطيع أن تسلك سبيلاً يتعارض معها "[٤٤٣] .

فضلاً عن ذلك قضى بأن "مناط حجية الحكم المانعة من إعادة طرح النزاع في ذات المسألة المقضي فيها أن يكون هذا الحكم قد قطع في مسألة أساسية بعد أن تناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما استقراراً يمنع مـن إعـادة طرحهـا ومناقشتها والبت فيها بحكم ثان [٤٤٤]. كذلك قضى بأن " المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه إن كان الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي إلا إذا اتحد الموضوع والخصوم والسبب في الدعوى التي صدر فيها والدعوى المطروحـة إلا أن ذلك لا يحول دون الاستدلال بالحكم السابق المختلف موضوعاً أو خصـوماً أو سبباً لا باعتباره حكماً له وإنما كقرينة في الدعوى المطروحة[٤٤٥].

---

(٤٣٨) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٢١: ٤٢٢.
(٤٣٩) نقض مدني ٢٥ من مايو سنة ١٩٩٩، مجموعة المكتب الفني، س٥٠ رقم١٤٣ ص٧١٧.
(٤٤٠) نقض مدني ٢٦ من أكتوبر سنة ١٩٩٩، مجموعة المكتب الفني، س٥٠ رقم٢٠٤ ص١٠٤١.
(٤٤١) نقض مدني ٢٣ من ديسمبر/ كانون أول سنة١٩٩٠ طعن رقم ٣٥٣ س ٥٦ ق.
(٤٤٢) نقض مدني ١٤ من فبراير/ شباط سنة١٩٩١ (طعن رقم٣٣٠ ص ٥٣ ق).

وفيما عدا حالات الاستدلال بالحكم كقرينة، فإن الحكم الحـــائز الحجيـــة لا يجوز إثبات عكسه بأي طريق من طرق الإثبات(٤٤٦)، وذلك على خـــلاف الحـــال بالنسبة للمحررات الموثقة من السندات التنفيذية حيـــث لا تثبـــت الجمعيـــة لهـــذه المحررات "فيجوز للدائن أن يتصدر حكماً بالحق الثابت فيها ويحق للمديرين مـــن ناحيته أن يلجأ إلى القضاء للطعن عليها بما يراه على خلاف الأحكام الحائزة لحجية الشيء المقضي(٤٤٧) ... لما كان ذلك فإن النص على الحكم بأنه رفض الدفع بعـــدم جواز نظر الدعوى الفرعية يسبق صدور عقد رسمي بالدين، وأنه أهدر حجية هذا العقد. يكون على غير أساس.

ثانياً: التمييز بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي:

تثبت الحجية كما سبق القول، لكل حكم يفصل في خصومة، وهو ما يعبـــر عنه بالحكم القطعي، ابتدائياً أكان أم استئنافياً، حضورياً أكـــان أم غيابيـــاً، وتظـــل حجيته ملازمة له على التفصيل المتقدم حتى يقضي بإلغائه من محكمة استئنافية أو من محكمة النقض أو من المحكمة المنوط بها نظر التماس إعادة النظر فيه، علـــى العكس فإن الحكم الصادر في دعوى إثبات الحالة، وهي دعوى إجـــراءات وقتيـــة تحفظية، يقوم بها صاحبها للمحافظة على حق قبل الغير لتكون له سنداً يتقـــدم بـــه أمام محكمة الموضوع عند الفصل في أصل الحق، وعلى ذلك فإن الحكـــم الـــذي يصدر فيها هو حكم وقتي لا يحسم النزاع ولا تأثير له على الموضوع عند نظـــر الدعوى أو أصل الحق ولا يحوز أمامها قوة الشيء المقضي فيه(٤٤٨).

---

(٤٤٣) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٩١ ص ٥٦٣.

(٤٤٤) نقض مدني ١٠ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٧٥، مجموعـــة المكتـــب الفنـــي، س٢٦ رقـــم٢٢٥ ص١١٧٤.

(٤٤٥) نقض مدني ١٧من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٩، مجموعة المكتـــب الفنـــي، س٤٠ رقـــم٦٨ ص٣٥٦.

بالمقابل، فإن " القوة "، أي قوة الأمر المقضي أو قوة الشيء المحكوم فيه، تثبت للحكم الذي أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق عـادي أي المعارضـة والاستئناف. ويستفيد من هذه " القوة " كل حكم صدر نهائياً من أول مرة، إذا نص القانون على ذلك، أو أصبح كذلك بفوات مواعيد الطعن فيه دون أن يطعن فيـه أو بصدور حكم فيه بالفعل بالتأييد، وحتى أصبح الحكم نهائياً فقد حـاز قـوة الأمـر المقضي بحيث يمنع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشـة في المسألة التي فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها النزاع ولو بأدلة قانونيـة أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكـم الصـادر فيها[٤٤٩].

تطبيقاً لذلك قضى بأن حجية الحكم الابتدائي مؤقتة وتقـف بمجـرد رفـع الاستئناف عنه وتظل موقوفة إلى أن يقضي في الاستئناف[٤٥٠]، فإن تأيـد الحكـم عادت إليه حجيته، وإذا ألغي زالت عنه هذه الحجية[٤٥١]، وأن "القوة" "...هي مرتبة يصل إليها الحكم إذ أصبح أثره الملزم نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية وإن ظل قابلاً للطعن فيه بطريق غير عادي"[٤٥٢]. كما قضي بأنه "... وإن كانت الأحكام التي تحوز قوة الأمر المقضي حجة بما فصلت فيـه مـن الحقوق ولا يجوز ثبوت دليل ينقض هذه القوة إلا بعد صيرورتها نهائياً باسـتنفاد طريق الطعن العادي المقرر قانوناً وهو الاستئناف"[٤٥٣].

---

(٤٤٦) نقض مدني ١٢ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٦٤، مجموعة المكتب الفني، س١٣ رقم٦٦ ص٤٤١.
(٤٤٧) نقض مدني ٣٠ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س٤٥ رقـم٢٤٤ ص١٢٩٢، ورتبت المحكمة على ذلك أن التمسك بهذا الحكم لا يعتبر دفاعاً جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى ولا أثر له على قضاء الحكم فيها.
(٤٤٨) نقض مدني ٢١ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٨٦ طعن رقم ٢٦٦ س ٤٨ ق.
(٤٤٩) نقض ٢٦ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨١، طعن رقم ١١٠ س ٤٢ ق.
(٤٥٠) نقض ٧ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨٨ ، طعن رقم ٢٣٣٦ س ٥٢ ق.

خلاصة القول يصح القول دائماً بأن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضي يكون حتماً حائزاً لحجية الأمر المقضي، ولا يصح أبداً القول بأن كل حكم يحوز حجية الأمر المقضي يكون حتماً حائزاً قوة الأمر المقضي، وذلك كله على التفصيل المتقدم.

ثالثاً: حجية الأمر المقضي واستنفاد القاضي ولايته في مسألة معينة:[٤٥٤]

ليس للقاضي أن يعود فيقضي فيما سبق له أن قضى فيه، ولو قدمت له أدلة جديدة قاطعة في مخالفة الحكم السابق[٤٥٥]، ولو بأدلة قانونية أو واقعية ما لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها حتى كانت المسألة المقضي فيها نهائياً في الدعويين واحدة لم تتغير[٤٥٦]، حيث "يستنفد ولايته[٤٥٧] " بقضائه الأول ولا يجوز – ولو كان ذلك بموافقة الخصوم– النزول عن التمسك بهذا الاستنفاد، لتعلقه بالنظام العام[٤٥٨]، ويتعين على المحكمة أن تقضي بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها وإلا يكون الحكم معيباً[٤٥٩].

وتختلف هذه الفكرة جملة وتفصيلاً عن فكرة "الحجية"، "فالحجية تعمل خارج الخصومة، أي بعد انتهائها، أما سلطة القاضي فإنها تنفد بالنسبة لكل مسألة يفصل فيها داخل الخصومة... ونتيجة لهذا فإن الحجية يبدو أثرها بالنسبة للخصومات المستقلة" [٤٦٠].

---

(٤٥١) الأستاذ الدكتور فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية طبعة عام١٩٨٦ رقم ٨٣ ص ١٣٥.

(٤٥٢) نقض مدني ٢٤من يناير/ كانون ثان سنة١٩٧٤ (الطعن رقم٢٠٣ س٤٤ ق).

(٤٥٣) نقض مدني ٩ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، س٤٨ رقم٢٢٥ ص١٢٠٧.

(٤٥٤) نقض مدني ٣٠من مايو/ آيار سنة ١٩٧٢، مجموعة المكتب الفني س٢٣ رقم ١٦٣ ص٤٢.

(٤٥٥) نقض مدني ١٢من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٨١ (طعن رقم ٩٧٤ س ٤٥ ق).

(٤٥٦) نقض مدني ٩ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، س٤٨ رقم٢٢٥ ص١٢٠٧.

(٤٥٧) والي رقم ٨٣ ص ١٣٥.

خلاصة القول أن " استنفاد الولاية " يقترن بكل قرار قضائي يحسم مسألة، موضوعية كانت أو إجرائية، داخل الخصومة، أما الحجية فهي تلحق بالقرار القضائي الذي يمنح حماية قضائية، دون الأعمال التي تصدر أثناء الخصومة(٤٦١)، " فإذا صدر الحكم برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها يكون له حجية موقوتة تقتصر على الحالة التي كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة وتحول دون معاودة طرح النزاع من جديد متى كانت الحالة التي انتهت بالحكم السابق هي بعينها لم تتغير "(٤٦٢)، " ويجوز رفع النزاع من جديد بعد تصحيح هذه الحالة أو تغييرها "(٤٦٣).

رابعاً: أساس"الحجية": اعتباران:

تجد الحجية سندا أو مبرراً لها في اعتبارين أولهما حسن سير العمل في مرفق القضاء، واستقرار العلاقات الاجتماعية ، على التفصيل التالي:

الاعتبار الأول: حسن سير مرفق القضاء؛ يقتضي دوام سير مرفق القضاء بانتظام، حفظ كرامة القضاء وبث الثقة فيما يصدر عنهم من أحكام لتظل للقضاء قدسيته ومكانته لـ "... العليا في النفوس تقديراً واحتراماً(٤٦٤) تفادياً لاحتمال تعارض الأحكام وتجديد النزاعات".

الاعتبار الثاني: استقرار العلاقات الاجتماعية، يقتضي هذا الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية تقرير هذه "الحجية "، " ... فحكومة القضاء يجب أن تضع

---

(٤٥٨) والي رقم ٨٣ ص١٣٥.

(٤٥٩) نقض مدني ٥ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨ رقم١٥٥ ص٨٩٧.

(٤٦٠) نقض مدني ٣ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم٢١ ص٧٢: تطبيقاً لذلك قضى بعدم مخالفة حجية الحكم السابق الصادر بعد جواز تسليم صورة تنفيذية ثانية من حكم الحراسة استناداً إلى خلو الأوراق مما يفيد أن الصورة التنفيذية الأولى قد فقدت، إذا قدم إلى المحكمة ما يفيد أن الصورة التنفيذية الأولى سرقت مع ملف الدعوى حسبما هو ثابت بتحقيقات الشكوى المقدمة.

(٤٦١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣،٢، ٤.

حداً لكل نزاع ما دامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت إزائها، ويجب كـذلك أن تكون بمأمن من التعارض مع حكومة لاحقة، وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أبيح عود الخصوم أنفسهم إلى عين الدعوى التي قضي فيها نهائياً(٤٦٥)، ويترتب علـى ذلك ".. امتناع قبول أي دليل عكسي لنقض حجية هذه القرينة، ولو كان هذا الدليل إقراراً أو يميناً " (٤٦٦).

وليس في هذه الحجية ما يمنـع المحكمـة مـن تفسـير حكمهـا (مـادة ١٩٢مرافعات)، ولا تصحيح ما ورد فيه من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، ولا أن تتدارك ما أغفلت الفصل فيه من طلبات موضوعية (مادة ١٩٣ مرافعات).

المطلب الأول
شروط حجية الأمر المقضي: طائفتان

الطائفة الأولى: شروط متصلة بالحكم المعني: ثلاثة:

يتعين أن يكون الحكم قضائياً، وقطعياً لتنسحب الحجية لمنطوقة وما يتصل به اتصالاً وثيقاً من أسباب، وذلك كله على التفصيل التالي:

الشرط الأول: حكم قضائي، ويعد حكماً قضائياً كل ما يصدر من جهـة قضـائية، عادية مثل المحاكم المدنية والإدارية أو اسـتثنائية مثـل اللجـان الإداريـة ذات الاختصاص القضائي (وذلك فيما يصدر عنها في حدود اختصاصها طبقاً لأحكـام القانون). مفاد ذلك أن قرارات النيابة العامة بحفظ الشكاوي إدارياً أو قرارات لجان التقدير الضريبي أو فتاوى الأجهزة المعنية بالفتوى ليست لها حجية (٤٦٧).

---

(٤٦٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٤٢١.

(٤٦٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤٢١.

(٤٦٤) فتحي عبد الرحيم رقم٤٩٦ ص٥٦٦.

فإذا صدر الحكم من محكمة قضائية، فلا حجية له إلا إذا صدر في حـدود الاختصاص الولائي[٤٦٨] أو الوظيفي للمحكمة التي أصدرته، بمعنـى أن مجلـس الدولة ليس مختصاً ولائياً بإصدار أحكام تدخل في اختصاص القضاء المدني. على العكس فإن انتفاء الاختصاص النوعي أو المكاني ليس مانعاً من إسباغ الحجية عليه كلية من اختصاص المحاكم الابتدائية لا ينال من الحجية.

ولا يعد حكماً ما لا يصدر عن القضاء من قـرارات[٤٦٩]، ولـو أسـمتها أحكام، بموجب سلطتها الولائية، أي في غير خصومة قائمة بين طـرفين. تطبيقـاً لذلك لا يعد حكماً قضائياً ولا تثبت له حجية قرارات تعيين الأوصياء و القامة.

الشرط الثاني: حكم قطعي، كل حكم ".. يضع حداً للنزاع في جملة أو في جـزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم فيه لا رجوع فيه من جانب المحكمـة التي أصدرته"[٤٧٠]. يستوي في ذلك أن يكون حكماً غيابياً أو ابتدائياً قابل للطعن فيه بالمعارضة والاستئناف.

ونفرق بين الأحكام القطعية في دفع شكلي أو موضوعي أو بصدد نـزاع خاص يتصل بإجراءات الدعوى من جانب والأحكام الصادرة قبـل الفصـل فـي الموضوع(avant-dire) مثل الأحكام التحضيرية، والتمهيدية والوقتية، من جانـب آخر، فالأولى أحكام قطعية، في حين أن الطائفة الثانية ليست أحكام قطعية.

---

(٤٦٥) قضى بأن المحاكم الصادرة من المحاكم الشرعية في حدود ولايتها تحوز قوة الأمر المقضي أمام المحاكم المدنية ولا رقابة للأخيرة على صحة تطبيق المحاكم الشرعية للقـانون، ومادامـت هـذه المحاكم قد قضت في حدود ولايتها لأحكام حجيتها أمام المحاكم المدنية حتى ولو كانت قد خالفـت بما قضت المنهج الشرعي (لأن مناط بطلان الوصية لعقد الموصي أن يكون الموصي لـه جهـة أهلية وليست جهة بر: نقض مدني ١٦ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٥٠، مجموعـة المكتـب الفني، س٢ رقم٨ ص٤٣.

(٤٦٦) فتحي عبد الرحيم رقم ٤٩٦ ص ٥٧٦.

(٤٦٧) نقض مدني ٢٢ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨٢ (طعن رقم ٤٠٨ س ٤٥ ق).

ويدق الأمر بالنسبة لأحكام القضاء المستعجل، فهي أحكام قطعية حائزة للحجية. إلا أن حجيتها منوطة بتغير الظروف التي أصدرتها [٤٧١]، وهي تصدر بإجراء مؤقت على ما يبدو أنه ظاهر الرجحان، ولا يصح أن يسند إليه أن في أخذه بشهادة شاهد وهي خالية من ضمانة اليمين والمناقشة والمواجهة، قضاء في موضوع الحقوق، وهو بعد ليس من شأنه أن يمس حقوق الخصوم التي تظل كما هي يناضل عنها أربابها أمام محكمة الموضوع[٤٧٢].

الشرط الثالث: ارتباط حجية الحكم بالمنطوق وما يتصل به من أسباب، الحجية للمنطوق والأسباب التي ترتبط بهذا المنطوق ارتباطاً وثيقاً، فلا يقوم المنطوق بدونها. تطبيقاً لذلك قضى بأنه "لا ترد حجية الأمر المقضي به إلا على منطوق الحكم وما يكون مرتبطاً من أسبابه ارتباطاً وثيقاً دون تلك التي تكون المحكمة قد عرضت فيها إلى مسألة لم تكن بها حاجة إليها للفصل في الدعوى" [٤٧٣].

مفاد ما تقدم "أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل وتفصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية، لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم حائز قوة الأمر المقضي"[٤٧٤]، فالمرجع "هو حقيقة ما فصلت فيه المحكمة مما تعلق بمنطوقها أو كان هذا الأخير نتيجة لها"[٤٧٥].

وليس الأمر مقصوراً على المنطوق وبعض الأسباب المتصلة به اتصالاً حتمياً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها إذ تكون الأساسية في هذه الحالة هي المرجع في تفسير المنطوق وتحديد مداه والوقوف على حقيقة ما فصلت فيه المحكمة"[٤٧٦]،

---

(٤٦٨) عكس ذلك فتحي عبد الرحيم رقم ٤٩٦ ص٥٦٩.

(٤٦٩) نقض مدني ٢٩ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٥١، مجموعة المكتب الفني، س٣ رقم ٢٤ ص١٢٩.

(٤٧٠) نقض مدني ١٩ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٨٣ (طعن رقم ٦٢٠ س ٤٨ ق).

(٤٧١) نقض مدني ١٩ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨٦(طعن مدني رقم ١٩٨٠ س ٤٩ق).

(٤٧٢) نقض مدني ٨ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨٢ (طعن رقم ٦٥٣س ٤٥ق).

(٤٧٣) نقض مدني ٢٦ من مايو/ آيار سنة ١٩٨١، مجموعة المكتب الفني، س٣٢ رقم٢٩٣ ص١٦٢١.

بل ينصرف إلى بعض الوقائع أيضاً ما دامت تكمل المنطوق "بحيث يكون ناقصاً بدونها"(٤٧٧)، "ولا يقوم المنطوق بدونها"(٤٧٨)، كذكر مقدار المبيع في الوقائع دون المنطوق(٤٧٩)، إذ في هذه الحالة تكون الأسباب هي المرجع في تفسير المنطوق وفي تحديد مداه وفي الوقوف على حقيقة ما فصلت فيه المحكمة، والذي يعتد به منها هي الأسباب الجوهرية الأساسية التي تتضمن الفصل في أمر يقوم عليه المنطوق فتكون مرتبطة به وتحوز الجمعية معه دون ما يرد بالحكم من تقريرات في شأن موضوع لم يكن مطروحاً بذاته على المحكمة ولو كان له صلة بالموضوع المقضي فيه(٤٨٠)

خلاصة القول أن العبرة هي بالمنطوق وما يكمله من أسباب ووقائع، ترتبط بمنطوقه ارتباطاً وثيقاً وداخلة في بناء الحكم وتأسيسه ولازمة للنتيجة التي انتهى إليها وتكون مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة(٤٨١)، دون الأسباب التي تخرج عن حدود النزاع أو التي ما كانت المحكمة في حاجة إلى الفصل فيها فلا حجية له(٤٨٢).

الطائفة الثانية: شروط تتعلق بالحق المدعى به: ثلاثة:

يتعين أن يتوافر في الحق المدعى به شروطاً ثلاثة هي اتحاد الخصوم واتحاد المحل واتحاد السبب (مادة ١٠ إثبات)، وذلك كله على التفصيل التالي:

---

(٤٧٤) نقض مدني ١٦ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٧٢، مجموعة المكتب الفني، س٢٣ رقم٢١٧ ص١٣٩١.

(٤٧٥) نقض مدني ٢١ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني، س٢٦ رقم١٩٨ ص١٠٤٠.

(٤٧٦) محمد حسين منصور، ص١٨٢.

(٤٧٧) نقض مدني ٢٩ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم١٧٩ ص٩٠٠.

(٤٧٨) نقض مدني ٢٦ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٢، مجموعة المكتب الفني، س٤٣ رقم٢٤٩ ص١٢٣٢.

(٤٧٩) نقض مدني ١٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٩٤، مجموعة عمر، جـ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣.

الشرط الأول: اتحاد الخصوم: "حجية الأحكام تقتصر على أطراف الخصومة فيها ولا تتعداهم إلى غيرهم[٤٨٣] حتى ولو كان الحكم قد قضى في مسألة شاملة أو أساسية"[٤٨٤]، فيتحدون بصفتهم، لا بأشخاصهم. فلا تحول الحجية دون النائب ورفع دعوى جديدة عن نفسه، بعد أن حسم دعواه بصفته نائباً عن أصيل.

وتنصرف الحجية إلى خلف الخصوم من بعدهم، سواء أكانوا من الخلف العام أم من الخلف الخاص، أيا كان تاريخ نشأة الدين في ذمة سلفهم، حيث يستوي أن تكون قبل الحكم أو بعده. على العكس، فالغير، ليس الحكم حجة عليه، ومثل الغير الشريك على المجموع "حيث لا يكون الحكم الصادر لأحد الشركاء على الشيوع أو عليه .. حجة لبقية الشركاء أو عليهم"[٤٨٥]، والوارث "حيث لا يكون الحكم الذي يصدر لأحد الورثة أو عليه .. حجية لبقية الورثة أو عليهم .. فالورثة لا يمثل بعضهم بعضاً"[٤٨٦].

ويثور التساؤل عن حجية الحكم الصادر في دعوى في مواجهة من أدخلوا فيها ؟

الإجابة يسيرة حيث يتعين أن يكون الخصم خصماً حقيقياً، فالعبرة في وحدة الخصوم هي بالخصوم الحقيقيين " الذي كان النزاع قائماً بينهم وفصلت فيه المحكمة لصالح أحدهما"[٤٨٧]، أي لابد أن تكون وجهت إليهم طلبات في الدعوى.

---

(٤٨٠) نقض مدني ٧ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٤٥ رقم٩٧ ص٤٧٠، ونقض مدني ٢٦ من مايو/ آيار سنة ١٩٨١، مجموعة المكتب الفني، س٣٢ رقم١٩٣ ص١٦٢١.

(٤٨١) نقض مدني ١٣ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨٤(الطعن رقم ١٦٣٧ س ٤٨ق).

(٤٨٢) نقض مدني ٢٠ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٦٣، مجموعة المكتب الفني، س١٤ رقم ١٧٠ ص ٨٧٨.

(٤٨٣) نقض مدني ٢٢ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٢٣، مجموعة عمر، جـ١ رقم١٣٤ ص٢٤٠.

(٤٨٤) نقض مدني ٢٢ من مارس/ آذار سنة ١٩٤٢، مجموعة عمر،جـ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣.

على أية حال فالعبرة ليست بالإدخال في الدعوى من عدمه، فقد يكون الحكم حجة على من لم يدخل فيها، كالحكم المنشئ لحالة مدنية كحكم توقيع الحجر حيث يحتج به على الكافة(٤٨٨).

الشرط الثاني: اتحاد المحل: فتقتصر الحجية على محل الدعوى، فيتعين أن يكون موضع الدعوى الجديدة هو الموضوع نفسه الذي فصل فيه الحكم السابق، فإذا اختلفت الطلبات تنتفي وحدة المحل. فتفادياً للتكرار ودرءاً للتناقض المحتمل والتعارض الوارد بين حكمين يشترط للحجية وحدة المحل.

وبديهي أن وحدة المحل المقصودة تقترن بوحدة الحق المعنى حيث قد تتعدد الحقوق على نفس المحل، كأن ترفع دعوى برهن وأخرى بحق انتفاع على نفس العقار، فلا يمنع اتحاد العقار من اختلاف الحقين الواردين عليه، ومن ثم فلا حجية للحكم الأول على المحكمة التي تنظر الموضوع الثاني.

الشرط الثالث: اتحاد السبب: والمقصود بالسبب هو "السبب المباشر الذي تحولت عنه كل منهما.. "(٤٨٩)، الدعوى السابقة والدعوى اللاحقة، باعتبار أن "السبب هو الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند إليها الخصم"(٤٩٠).

ولا يحول تعدد السبب ووحدة المحل دون الحجية إذا اختلف أساس الدعوى، فدعوى براءة الذمة التي أساساها الوفاء، يمكن رفعها بعد رفضها – إذا كان أساسها المقاصة أو التقادم المسقط(٤٩١).

---

(٤٨٥) السنهوري، ص ٨٨٧.

(٤٨٦) نقض مدني ١٢ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨ رقم٢٤٨ ص١٤٣٢.

(٤٨٧) نقض ١٢ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٨١، (طعن رقم ٤٢٠ س ٤٧ق).

(٤٨٨) محمد حسين منصور ص١٩٣.

كذلك ليس في الإمكان الالتفاف على حجية قامـت علـى وحـدة المحـل والسبب، باختلاف الدليل، حيث لا عبرة بتقديم دليل جديد للنيل – حجية حكم قضى – مثلاً – ببراءة الذمة، فتقديم مخالصة بدلاً من شهادة الشهود التي سبق رفضـها، لا يحول دون التمسك بالحجية. كذلك الحال إذا تغير الوصف، فاختلاف الوصـف مع وحدة السبب لا يحول دون التمسك بالحجية، "فإذا رفضت دعـوى التعـويض المستندة إلى المسئولية التقصيرية، فإنه لا يجوز رفع دعوى جديـدة عـن الفعـل الضار ذاته، ولو بنيت على أساس المسئولية العقدية"(٤٩٢).

وجدير بالذكر أن محكمة النقض قد قضت بـأن " ... إذا كانـت أحكـام المحكمين – شأن أحكام القضاء – تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – طالما بقـي الحكـم قائماً ومن ثم فلا يملك القاضي عند الأمر بتنفيذها التحقق من عـدالتها أو صـحة قضائها في الموضوع لأنه لا يُعد هيئة استئنافية في هذا الصدد ذلك أن التحكيم وفق ما قد سلف بيانه هو في حقيقته ذي طبيعة مركبة لكونه عمل قضائي يستمد أساسه من اتفاق أطرافه "(٤٩٣).

---

(٤٨٩) محمد حسين منصور ص ١٩٤.

(٤٩٠) نقض مدني الأول من مارس سنة ١٩٩٩، مجموعة المكتب الفني، س٥٠ رقم٦١ ص٣٢٧.

المطلب الثاني

زوال قوة الشيء المقضي فيه: حالة سحب محكمة النقض للحكم

بداية نؤكد على ما تتمتع به محكمة النقض[٤٩٤]– باعتبارها تعتلي قمة النظام القضائي[٤٩٥]– من مكانة رفيعة، فيرى فيها العامة والخاصة على حد سواء مجلساً

---

(٤٩٤) محكمة النقض المصرية مقرها مدينة القاهرة (دار القضاء العالي) مؤلفة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والمستشارين وفيها دوائر لنظر المواد الجنائية وأخرى لنظر المواد المدنيةً والتجارية والأحوال الشخصية والمواد الأخرى، وتصدر الأحكام من خمسة مستشارين. وتشكل الجمعية العامة لمحكمة النقض من هيئتين كل منهما من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه، إحداها للمواد الجنائية والثانية للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها. وإذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة أحالت الدعوى إلى الهيئة العامة المختصة بالمحكمة للفصل فيها وتصدر أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل. أما إذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة صادرة من دوائر أخرى أحالت الدعوىٍ إلى الهيئتين مجتمعتين للفصل فيهما. وتصدر الأحكام في هذه الحالة بأغلبية أربعة عشر عضواً على الأقل (المواد ٢:٤ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، (الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ في ٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢) المعدل بالقوانين أرقام ٧٩ لسنة ١٩٧٤ (الجريدة الرسمية ، العدد ٣٠ تابع في ٢٥ من يوليه/ تموز سنة ١٩٧٤ ، ص ٥٠١) و١ لسنة ١٩٧٦ (الجريدة الرسمية، العدد ٢ تابع في ٨ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٦، ص ٢)، و١٧ لسنة ١٩٧٦ (الجريدة الرسمية، العدد ١١ في ١١ من مارس/آذار سنة ١٩٧٦)، و٩٦ لسنة ١٩٧٦ (الجريدة الرسمية، العدد ٣٥ مكرراً في ٢٨ من أغسطس /آب سنة ١٩٧٦ ص ٧٤٩)، و٥٤ لسنة ١٩٧٨ (الجريدة الرسمية، العدد ٣٢ تابع في ١٠ من أغسطس /آب سنة ١٩٧٨، ص ٩٩٩ و١٤٣ لسنة ١٩٨٠ (الجريدة الرسمية، العدد ٢٨ مكرراً في ١٣ من يوليه/ تموز سنة ١٩٨٠)، و١١ لسنة ١٩٨١ (الجريدة الرسمية، العدد ١٠ تابع ج في ٥ من مارس/آذار سنة ١٩٨١، ص ٣)، و٤٤ لسنة ١٩٨١ (الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ في ٢٥ من يونيو/حزيران سنة ١٩٨١، ص ١٧٨٠)، و١٣٨ لسنة ١٩٨١ (الجريدة الرسمية، العدد ٣٣ تابع في ١٣ من أغسطس/آب سنة١٩٨١، ص٥٧)، و٣٥ لسنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية ، العدد ١٣ مكررا في ٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٨٤٦ ، ص ١٤) ، و القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ تابع في ٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٣ ، ص ٥) ، والقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢ (الجريدة الرسمية ، العدد ٣ مكرراً في ٢٠ من يناير/كانون ثان سنة ٢٠٠٢ ، ص ٣) ، والقرار بقانون رقم ١٥٩ لسنة ٢٠٠٣ (الجريدة الرسمية ، العدد ٣٩ تابع في ٢٥ من سبتمبر / أيلول سنة ٢٠٠٣، ص ٢) ؛ علماً بأن المواد ٢:٤ لم تدخل عليها أية تعديلات). أما محكمة النقض الفرنسية فمقرها باريس (Palais de Justice) وتتكون من الرئيس الأول وعدد كاف من رؤساء الدوائر، ومنها دوائر لنظر المواد المدنية والجنائية وتصدر أحكامها إما من إحدى الدوائرً (une chambre) أو من دائرة مختلطة (Chambre Mixte) أو من الجمعية العمومية (Assemblée Plénière) وتختص الدائرة المختلطة التي يرأسها أحد نواب الرئيس أو في حالة توافر مانع أقدم رؤساء الدوائر، بناءً على تكليف من الرئيس الأول في إحدى حالتين وهما أن المسألة المطروحة تدخل في اختصاص عدة دوائر، أو أن المسألة المطروحة قد تختلف في شأن آراء الدوائر، أما إذا كان الرأي مناصفة بين المستشارين= = فالإحالة وجوبية إلى هذه الدائرة المختلطة. على العكس فإن الجمعية العمومية التي يرأسها الرئيس الأول وفي حالة توافر مانع أقدم رؤساء الدوائر، فتختص بأمر غير مسبب من الرئيس الأول مثل حفظ الطعن، أو بأمر غير

للحكماء ممن أوتوا سعة في العلم وبسطة في القدرة على التحليل والتأصيل، فيرتضى الجميع حكمها، بل وتشعر محاكم الموضوع بوجوب احترام ما تتبناه محكمة النقض من تفسيرات لمختلف القواعد القانونية (٤٩٦)، مانحة بذلك لأحكامها – من الناحية الواقعية – قيمة تقترب من قيمة القواعد القانونية(٤٩٧)وقد تجلى ذلك في حرص محكمة النقض على إعلاء شأن دورها الرقابي على قضاء محكمة الموضوع . وقد أكدت محكمة النقض ماهية هذا الدور الرقابي في حكم قديم لها صدر في ١٧من يناير/كانون ثان سنة ١٩٢٩ أفصحت فيه عن أن التظلم من أحكام

مسبب من الدائرة المختصة. وتعد الإحالة وجوبية إذا كان النائب العام قد طلبها قبل نظر الطعن. وأخيراً إذا كان الطعن للمرة الثانية لرفض محكمة الإحالة (la cour de renvoie):

المواد L.121-1, 2,3,4,5,6 إلى L.131-1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 من تقنين السلطة القضائية Code de l' Organisation Judiciare الصادر بالمرسوم ٣٢٩-٧٨ في ١٦ من مارس/آذار سنة ١٩٧٨ (J.O. 18 Mars). وانظر في شأن قضاء النقض الفرنسي بوجه عام:

Mme Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER et Xavier BACHELLIER, La Technique de Cassation: Pourvois et Arrêts en Matière Civile, 3è éd., Dalloz, 1994, pp. 14:17

(٤٩٥) يعبر عن ذلك بالفرنسية على النحو الآتي:

" placéé au sommet de la hiérarchie judiciaire"

M. Ernest FAYE, La Cour de Cassation: traité, Libraire Maresco Aine/ Paris/ France, 1903, p. 1.

وعبرت عن ذلك محكمة النقض نفسها بالقول بأن محكمة النقض: "تعتبر قمة السلطة القضائية في سلم ترتيب المحاكم". نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، ج١ رقم ٧١ ص٣٥٩.

(٤٩٦) الأستاذ الدكتور فتحي إسماعيل والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ، عام ٢٠٠١ رقم ٣٨٠ ص ص ٧٧٤ : ٧٧٥ .

(٤٩٧) والي، المرجع السابق، رقم ٣٨٠ ص ٧٧٤ : ٧٧٥؛ وانظر في معرض حرص محكمة النقض الفرنسية على الدفاع عن مكانتها كمحكمة عليا ، حكم قضى بإلزام الطاعن بغرامة مالية قدرها ٢٠,٠٠٠ فرنك فرنسي لتنازله عن طعنه بعد أن استشعر مع وضع مذكرة النيابة العامة ضده وحجز الدعوى للحكم، تفادياً لحكم ضده بحجة أن ذلك يعد دليلاً علي تعسف الطاعن في إقامة الطعن. وقد أثار هذا الحكم تساؤلات عن السند القانوني الذي استندت إليه المحكمة في هذا الصدد لا سيما وأن التنازل لا يقصد به تأخير السير في الدعوى فضلا عن أن محكمة النقض لم تنظر الطعن، بل اكتفت بتقرير التنازل وفرض الغرامة (Cass. 1re ch. Civ. 5 Nov. 1996, J.C.P. 1997. 11. 2822.) ، ويعد هذا الحكم دليلاً آخر على مدى اعتداد محكمة النقض بمكانتها وحرصها على فرض الشعور باحترامها. نقض جنائي في ١٧ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٢٩ ، مجموعة عمر ، جـ١ رقم ١١٥ ص ص ١٤١: ١٤٢.

النقض" .. لا سبيل لمحكمة النقض إلى النظر فيه مهما يكن في ذاته مؤيداً بأمتن الأدلة ، ذلك أن محكمة النقض ليست درجة استئنافية تعيد عمل قاضي الموضوع فتنظر في الأدلة وتقومها بما تستأهل وترى إن كانت منتجة .. أو غير منتجة، وإنما هي درجة استثنائية محضة وأن عملها مقصور على .. الرقابة على عدم مخالفة القانون"(٤٩٨)، وهو ما أوجزته المحكمة نفسها بقولها " .. لا تختص محكمة النقض إلا بتقويم المعوج من جهة القانون ليست إلا "(٤٩٩)، وبأن " الطعن بالنقض ليس هو الخصومة المرددة _ من قبل _ أمام محكمة الموضوع وإنما هو مخاصمة للحكم النهائي الذي صدر فيها"(٥٠٠).

وقد درج رجال القانون على استخدام عبارات تعبر عما يكنوه لهذه المحكمة من توقير واحترام، وترسخ هذا الشعور في نفوس الأجيال المتعاقبة حتى أصبح مجرد إسناد الخطأ إلى محكمة النقض من الأمور التي لا يجب أن تلوكها الألسنة أو يتداولها الناس ، وكان السند في ذلك هو نص المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، الذي يشير بعبارات قطعية إلى عدم جواز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن.

وإذا كان هذا المسلك التشريعي الذي يعكس شعوراً عاماً بالثقة فيما تصدره هذه المحكمة من أحكام، له ما يبرره من تفادى تأبيد المنازعات (éterniser les

---

(٤٩٨) نقض جنائي في ١٧ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٢٩ ، مجموعة عمر ، جـ١ (سابق الإشارة إليه) وفي نفس المعنى قضاء النقض الفرنسي :

Cass. Soc. 27 fév. 1985, JCP 1985. IV.16, 13 mars 1985. JCP 1985. IV.186 et 14 janv.1987, JCP 1987. IV.91

وعبرت عن ذلك في هذا الحكم بقولها :

" C'est la non-Conformité de la décision attaquée aux régles de droit qui doit être invoquée par l'auteur du Pourvoi …."

(496) Cass. Soc. 27 fév. 1985, JCP 1985. IV.16, 13 mars 1985. JCP 1985. IV.186 ET 14 janv.1987, JCP 1987. IV.91

(٥٠٠) نقض مدني في ٢١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، رقم ٢٨٨ ص ١٩٠١ .

poursuites) [٥٠١] ولتوقير أحكام المحكمة العليا[٥٠٢]، فإن رجل القانون مطالب بالتأمل فيما قد يترتب على إعمال هذه القاعدة من نتائج، ليس أقلها أهمية القول بأن أحكام محكمة النقض واجبة الاحترام فيما خلصت إليه " سواء أخطأت أم أصابت"[٥٠٣] ، باعتبار أن إطلاق هذه العبارات بغير ضوابط قد يفضي إلى مظنة أن ينتهي الأمر بمحكمة النقض إلى أن تهدر نصوص القانون التي عهد إليها المشرع مهمة السهر على تطبيقها كما هو الحال إذا كان حكم النقض غير مسبب أو صدر في جلسة غير علنية أو بتشكيل غير صحيح للمحكمة[٥٠٤].

وهذا الذي تقدم هو الذي دفعنا إلى التروي قبل التصدي لهذا الموضوع الحساس، وهى حساسية يشاركنا فيها العميد الفخري لمحكمة النقض الفرنسية[٥٠٥] الذي لم يخف "الحرج" الذي يصيب من هو قريب من محكمة النقض ومن هو بعيد عنها على حد سواء، حيث يتعلق الأمر بحجية (autorité) ودقة (fiabilité) أحكام النقض ، وهو حرج يعبر عنه سيادته بالطبيعة الوعرة للموضوع (matière assez scabreuse).

فإذا كان حكم النقض هو عنوان للحقيقة (expression de la vérité/ res judicata pro veritate habetur) ، وهى قرينة قانونية تلازمه ولا تقبل إثبات العكس[٥٠٦]. وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بأن "حكم القضاء عنوان حقيقة هو أقوى

---

(498) M. E. de HULTS, Du Pourvoi en cassation et la révision en droit penal égyptien, Librairie internationale , F. Diemer Editeur, Le Caire, 1899 No. 319, p. 239.

(499) M. André PERDRIAU, Les rabats d'arrêts de la cour de cassation, J.C.P. éd. G. 1994, 1. 3735, No. 13

(٥٠٣) نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١ ص٣٥٩.

(501) E. de HULTS, Du pourvois en cassation, op. cit., No. 319, p. 239.

(502) PERDRIAU, Les rabats d'arrêts de la cour de cassation, op. cit., No. 1.

(503) MM. G. STEFANI et G. LEVASSEUR, Droit pénal général et procedure pénale, Tome II procédure pénale, Précis Dalloz, 1964, No. 689, p. 195 et MM. G. STEFANI, G. LEVASSEUR et Bernard Bouloc, Procédure Pénale, Précis Dalloz, 1990, 14 éme édition, No. 798, et S. p. 1009 et s.

من الحقيقة نفسها"[٥٠٧] ، ولا يجوز المعارضة في أحكامها " لأية علة مهما سمت"[٥٠٨] فهل يتصور أن تقدم محكمـــة النقض على سحب حكمها الذي أصدرته وإصدار حكم جديد ؟

بداية نستبعد من مجال الدراسة ما يمكن أن تقدم عليه محكمة النقض من "تصحيح"[٥٠٩] لأحكامها فيما عساه أن يقع في منطوق الحكم[٥١٠] أو أسبابه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية[٥١١]، مثل الالتباس في وضع أرقام أو تواريخ معينة فيوضع تاريخ مكان تاريخ أو رقم محل رقم، أو الخطأ في كتابة اسم المحكمة المحال إليه حيث يستدعى ذلك صدور تصحيح من المحكمة التي أصدرت الحكم (Arrêt Rectificatif) [٥١٢] لبيان اتضح عكسه بالرجوع إلى الملف أو بإعمال المنطق[٥١٣] selon que le dossier révèle ou , à défaut, ce que la raison commande[٥١٤]،

---

(٥٠٧) نقض جنائي ٣ من مايو/آيار سنة ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، س١٧ رقم ١٠٠ ص ٥٥٥ .

(٥٠٨) نقض جنائي ٩ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنـــي ، س ٢١ رقـــم ٦١ ص ٢٤٨ .

(٥٠٩)انظر في الإشارة إلى الخطر الداهم الذي يصاحب الإفراط في عمليات التصحيح بما يهدد حجيـــة الأحكام:

M. Roger PERROT, L'arrêt d'appel: Exposé Introductif, Gaz. Pal. 1981 1e sem. Doctrine, p. 245.

(٥١٠) كما إذا وقع خطأ مادي في المنطوق وزلة قلم لا تخفى على من يراجع ما ســـطر علـــى غـــلاف الطعن وأسباب الحكم في مسودته مما يقتضي تصويب ما ورد في المنطوق من قبول الطعـــن شـــكلاً وفي الموضوع برفضه بدلاً من قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة حيث قضت المحكمة بالتصحيح : نقض جنائي في طعن رقـــم ٩٦٤ لســـنة ٦١ ق جلســـة ٤ مـــن يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٦ (غير منشور) .

(٥١١) نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧ مجموعـــة المكتـــب الفنـــي، س٢٨ ج١ رقـــم ٧١ ص٣٥٩ (سابق الإشارة إليه).

(٥١٢) يصدر في فرنسا حكم بالتصحيح(Arrêt Rectificatif) ، وفي مصر يختلف المصطلح حســـبما إذا كنا بصدد مادة جنائية فيصدر أمر من المحكمة التي أصدرت الحكـــم (مـــادة ٣٣٧ مـــن قـــانون الإجراءات الجنائية) أو بصدد مادة مدنية أو تجارية فيصدر قرار بالتصحيح (مادة ١٩١ من قـــانون المرافعات المدنية والتجارية) .

(٥١٣) انظر أمثلة لذلك في قضاء النقض الفرنسي:

* تصحيح لخطأ وقع لدى النسخ على الآلـــة الكاتبـــة . Pourvoi Cass. Com. 6 avril. 1993. No. 93-12600 inédit

* تصحيح لخطأ في اسم محكمة استئناف المختصة Cass. Com. 26 avril 1979. No. 721-10203 inédit Pourvoi

مع الأخذ في الاعتبار أن المشرع لم يتصد لمشكلة وقوع خطأ ذهني (Erreur intellectuelle) وهو ما يتمثل على سبيل المثال في الخطأ في التفكير (la pensée) أو المعرفة (la connaissance) أو المنطقية (le raisonnement) أو الحكم (le jugement)[(٥١٥)].

---

* تصحيح لخطأ متمثل في الإحالة إلى محكمة تجارية في بلد ليس فيه محاكم تجارية.
Pourvoi Cass.Com.10 Mai 1992 No. 82-12408 inédit

وجدير بالذكر أن أسماء المحاكم تتعلق بالتنظيم الإداري القضائي ولا تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه: انظر في الإشارة إلى ذلك مع بيانات هذه الأحكام غير المنشورة: PERDRIAU, Les rabats …. , Nos. 7;9.

ويضيف المؤلف حالات أخرى لا تعد سحباً بل تصحيحاً مثل قضاء النقض في موضوع الطعن بعد نقض الحكم كلياً أو جزئياً (نفس المقال رقم ١٠).

وانظر تطبيقاً آخر حيث قضت محكمة النقض في طعنين متتاليين بالنقض بإحالة الدعوى إلى لجنة تسوية منازعات التأمين الاجتماعي نظرتهما محكمة النقض بتصحيح الحكم بالإحالة إلى لجنة عمالية أخرى: Cass. Soc. Rectification d'arrêt, Cass. Soc 21 novembre, 1984, J.C.P. 1985, IV, 38 أو إلي محكمة مختصة:

Cass. Soc. 12 dec. 1995. Requête No. 95-42-479

(٥١٤) مادة ١/٤٦٢ مرافعات فرنسي جديد. وانظر في التأكيد على عدم جواز "التصحيح" في غير الأحوال الواردة في هذه المادة :

Cass. civ. 5 juin 1985, J.C.P. 985. IV 283 & Cass. Soc. 16 janvier 1991 (Deux arrêts) D.S. 1991, =Jurisprudence. pp. 245:248 .

وانظر في استعراض تاريخ "تصحيح" الأحكام في فرنسا: M. BARRERE, La rétractation du juge civil, op. cit.,

و في ضرورة عدم مساس التصحيح بحقوق والتزامات الأطراف:

Cass. com. Ass. Plén. 1er avril 1994 J.C.P. 1994. II, 22256 Conclusion de Michel Joel 1; D.S. 1994, II, 293.

وانظر في المطالبة بتحمل الجهاز القضائي نفقات التصحيح لأخطاء المحاكم تطبيقاً للمثل القائل: "من لا يخطئ لا يعمل" لعدم إمكان نسبة خطأ إلى الأطراف:

M. Jean CAREL, Au sujet des erreurs en omissions matériellles affectant une décision judiciaire, Gaz Pal. 1973 1er sem, Chronique et Tribnal Libre 241.

(٥١٥) M. Michel Joel, Premier Avocat Général à la cour de cassation, Conclusions sous Arrêt Cass. Ass. Plén. 1er avril 1994, J.C.P. 1994 - 11-22256 p. 188 (précitée).

حيث يفرق بين الأخطاء القانونية Erreurs de droit وأخطاء القلم Erreurs de plume ويجعل الأخيرة وحدها قابلة للتصحيح reparable أما الأولى فهي قابلة للتعديل réformable ، فلابد من اللجوء إلى الطعن فيها وفقاً للقواعد العامة بشرط أن تكون قابلة للطعن فيها بطبيعة الحال.

كما نستبعد ما تلتزم به محكمة النقض من " تدارك " .. لما فاتها أن تنظره[٥١٦]

مفاد ما تقدم أننا نقتصر على حالة واحدة وهى حالة وقوع أخطاء مادية لا يصلح معها التصحيح – بمفهومه التقليدي – في حكم لمحكمة النقض مما يستوجب سحب هذا الحكم وإصدار حكم جديد، كأن يطعن طاعن بالنقض في حكم بأسباب معينة ثم يتقدم بعد ذلك بطعن آخر بأسباب أخرى، ففي هذا الفرض كان يتعين على المحكمة ضم الطعنين ونظرهما معاً "كوحدة واحدة" حيث تكمل كل مذكرة بأسباب الأخرى، إما من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الطاعن[٥١٧] أو يقدم توكيل خاص يخوله الطعن بالنقض ثم لا يعرض هذا التوكيل على المحكمة فترفض الطعن ثم يتبين أن التوكيل كان مرفقاً بالملف أو أرفق خطأ في ملف آخر. فهل ترتضى محكمة النقض لدى تقدم الطاعن نفسه من جديد لها طالباً سحب حكمها الأول وإصدار حكم جديد أن ترفض سحب هذا الحكم بحجة أنه " لا نقض في النقض " ، وأن محكمة النقض – حسب عبارات محكمة النقض – هي " خاتمة المطاف " في الخصومة وأن أحكامها " عنوان للحقيقة " ، بل هي أقوى من الحقيقة نفسها، أصابت أم أخطأت ؟ ، هذا كله هو ما نحاول البحث عن إجابة له في هذا البحث .

وجدير بالذكر أن المصطلحات تعددت للتعبير عن المشكلة موضوع البحث دون خلاف على ما يندرج تحته من مضمون، ونستعرض فيما يلي هذه المصطلحات كأساس لدراستنا الحالية في مصر ثم في فرنسا (مبحث تمهيدي) ، ثم نعرض للأساس القانوني لفكرة سحب الأحكام من محكمة النقض (المبحث الأول) ثم لموقف محكمة النقض من سحب الأحكام (المبحث الثاني) وأخيراً نعرض لرأينا الخاص في مبحث ثالث.

---

(٥١٦) طعن جنائي رقم ٨٧١٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ٨ من يوليه / تموز سنة ١٩٩١ (غير منشور).
(٥١٧) المستشار حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية وقانون الطعن بالنقض معلقاً على نصوصهما، ج٢: قانون حالات إجراءات الطعن أمام محكمة النقض (القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩) الباب الثاني، في المواد الجنائية – مكتبة نادي القضاة، عام ١٩٩١ ص٢٥٤.

الفرع الأول

إشكالية المصطلح

نستعرض فيما يلي هذه الإشكالية في مصر ثم في فرنسا ، لنصل إلى كلمة سواء فيما يتعلق بالمصطلح .

١ – إشكالية المصطلح في مصر:

نستشف من الدراسة المتأنية التحليلية لما أبديَ من آراء وصدر من أحكام في هذا الشأن إلى وجود عدة مصطلحات مستخدمة بالفعل ، مما دفع البعض إلى القول بأنه "ولئن أطلق على هذا الطريق وصف " السحب " فهو في الواقع لا يعدو أن يكون إلغاءً للحكم بسبب ما وقع فيه من بطلان، ولا يهم أن يسمى سحباً أو رجوعاً أو إلغاءً أو تصحيحاً أو نقضاً، طالما يستهدف تدارك ما وقع فيه الحكم من خطأ غير مادي بواسطة ذات المحكمة التي أصدرت الحكم[٥١٨].

مع ذلك فالواقع أن الشائع هو استخدام مصطلح سحب الحكم[٥١٩] ، والأقل شيوعاً هو استخدام مصطلح الرجوع في الحكم[٥٢٠] أو الرجوع عن

---

(٥١٨) وردت هذه العبارة في معرض تلخيص المحكمة لطلبات طاعن أمام محكمة النقض (الدائرة المدنية): نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨ رقم ٧١ ص٣٥٩ وبالذات ص٣٦٥.

(٥١٩) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، ج١، الطبعة الثالثة، عام ١٩٩٥ ص ٢٠٣٩ والأستاذ الدكتور نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٨٠ رقم ٢٣٩ ص٤٦١.
وانظر في فقه قانون الإجراءات الجنائية: الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط٢، عام ١٩٨٨ رقم ١٣٨٨ ص١٢٤٣، والمستشار الدكتور إدوار غالي الدهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مكتبة غريب – القاهرة، ط٢، رقم ٦٥٩، ص٩٧٧ الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور ، النقض الجنائي ، طبعة نادي القضاة عام ٢٠٠٢ ، رقم ٢٥٢ ص ٥٠٨ .

(٥٢٠) انظر في القضاء: نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١ ص٣٥٩.ونقض جنائي ٤ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س٢١ رقم ٣ ص١٧، وأنظر في الفقه الجنائي د. الدهبي ، المرجع السابق ، رقم ٦٥٩ ص ٩٧٧ وطعن رقم ١٧٤١٩ لسنة ٦٢ ق في ١١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ (غير منشور).

الحكم[٥٢١] أو الرجوع فيه[٥٢٢] أو العدول عن الحكم[٥٢٣]، ويرى الأستاذ الدكتور/ وجدي راغب أن المصطلح الأدق هو تصحيح الأحكام استناداً إلى مفهوم واسع لا يقتصر على تصحيح الخطأ المادي وإنما يمتد لتصحيح الخطأ الإجرائي أيضاً[٥٢٤].

٢ – إشكالية المصطلح في فرنسا:

نورد فيما يلي المصطلحات الثلاثة المستخدمة للتعبير عن فكرة تصحيح الأحكام على التفصيل المتقدم مقرونة بالفعل والصفة المشتقة منه:

Rétractation … rétracter … Arrêt rétracte[٥٢٥]

Réctification … réctifier … Arrêt réctifié[٥٢٦]

Rabat … Rabattre … Arrêt rabattu[٥٢٧]

ويلاحظ البعض في فرنسا استخدام مصطلحات أخرى " أن يعد الحكم باطلاً وكأن لم يكن ": (déclaré nul et non avenu) أو يلغى (rapporté) وإن كان يفضل مصطلح السحب(rabat) [٥٢٨].

---

(٥٢١) أنظر في القضاء : نقض جنائي في ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ، طعن رقم ١١٢٧٩ لسنة ٦٤ ق (غير منشور) و ١٣ من يناير/كانون ثان سنة ٢٠٠٠ طعن رقم ٤٩٧٧ لسنة ٦٦ ق (غير منشور) وأنظر في الفقه الجنائي سرور ، المرجع السابق رقم ٢٥٢ ص ٥١٨ .

(٥٢٢) نقض جنائي في ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٧ ، طعن رقم ٢١٨٩٥ لسنة ٦٠ ق (غير منشور) و ١١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، طعن رقم ١٧٤٢٣ لسنة ٦٢ ق (غير منشور) .

(٥٢٣) نقض جنائي في ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٧ ، طعن رم ٢١٨٩٥ لسنة ٦٠ قضائية .

(٥٢٤) مقابلة شخصية مع الأستاذ الدكتور/ وجدي راغب (القاهرة في ٥ من أبريل/نيسان سنة ٢٠٠٤) .

(٥٢٥) انظر مثلاً: Cass. Civ. 23 février 1885, D.P. Jur. Gen. 1885. 1. 307

(٥٢٦) انظر مثلاً: Cass. Civ. 3e ch. 29 Janvier 1992. Arrêt No. 222.Pourvoi No. 91-13-425 (inédit)

(٥٢٧) انظر مثلاً:

Cass. Civ. .2e ch. 27 novembre 1991, Arrêt No. 1237 Pourvoi No. 91-15-678 (inédit)

(٥٢٨) انظر مثلاً:

Cass. Civ. 2e ch. 27 novembre 1991, Arrêt No. 1237 Pourvoi No. 91-15-678 (inédit)
PERDRIAL, Les rabats d’arrêts …, op. cit, No. 45.

وعادة ما يتم التقدم بعريضة الطعن خلال محام مقيد في نقابة المحامين، ويتبع بصددها، أساساً، نفس الإجراءات المطبقة على الطعن بالنقض(٥٢٩).

الفرع الثاني

الأساس القانوني لفكرة سحب الأحكام من محكمة النقض

نشير بداية إلى أن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لم يرد فيه إلا نص واحد يخول محكمة النقض فيه حق سحب الحكم في حالة قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاتها الذين أصدروا الحكم، وهذه الأسباب هي (المادة ١٤٦ مرافعات):

١ –إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة .

٢ – إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته .

٣ – إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنونة وراثته له ، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصمة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة في الدعوة القائمة.

٤ – إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة.

(526) Conclusions de M. Michel Joel, Premier Avocat General à la Cour de Cassation. sous Arrêt Cass. Ass. Plén. 30 Juin 1995, J.C.P. 1995.11.22478.

٥ – إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى ، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً ، أو كان قد أدى شهادة فيها.

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٤٧ مرافعات على النحو الآتي:

"يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم. وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى".

وقد بررت هذا النص المذكرة الإيضاحية بقولها:

"أن عمل القاضي في الأحوال المتقدمة ولو باتفاق الخصوم يقع باطلاً بحيث يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة. وزيادة في الاطمئنان والتحوط لسمعة القضاء نص على أنه إذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها سحب الحكم وإعادة نظر الطعن، وهذا استثناء من الأصل العام الذي يجعل أحكام محكمة النقض بمنجى من الطعن".

ولم يرد في القرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعـــن أمام محكمة النقــض[٥٣٠] المعدل بالقرارين بقانون الرقيمين١٠٦ لسنة ١٩٦٢[٥٣١] و ١٧٣ لسنة ١٩٨١ [٥٣٢] والقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢[٥٣٣] إلا نص وحيد وهو نص المادة ٣٨ من القرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ سالف الذكر يشير إلى أنه:

" إذا رفض الطعن موضوعاً فلا يجوز بأية حال لمن رفعه أن يرفع طعناً آخر عن الحكم ذاته لأي سبب كان ".

---

(٥٣٠) الجريدة الرسمية في ٢١ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٩ العدد ٣٣ مكرراً (ب).

(٥٣١) الجريدة الرسمية في ١٧ من يونيو /حزيران سنة ١٩٦٢ العدد ١٣٦.

(٥٣٢) الجريدة الرسمية في ٤ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨١ العدد ٤٤ مكرراً.

(٥٣٣) الجريدة الرسمية في أول يونيو/حزيران سنة ١٩٩٢ العدد ٢٢ مكرراً.

وهو يطابق من حيث المضمون نص المادة ٤٣١ من قانون الإجراءات الجنائية قبل إلغائها، والتي كانت تنص على أنه:

" إذا رفض الطعن موضوعاً فلا يجوز بأية حال لمن رفعه أن يرفع طعناً آخر عن ذات الحكم السابق الطعن فيه لأي سبب كان ".

مفاد ذلك عدم وجود نص قانوني يبرر لمحكمة النقض سحب أحكامها، لذا يتعين مواجهة هذا القصور في التشريع بسده إعمالاً للمادة الأولى من القانون المدني التي تنص صراحة على ما يلي:

(١) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها؛

(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".

بديهي أن يتمسك المفسر بعبارات واسعة وفضفاضة ومطاطة وضعت لتدرأ عن القاضي الوقوع تحت طائلة قانون العقوبات ومخالفة قانون المرافعات المدنية والتجارية ، على التفصيل التالي :

(١) **الوقوع تحت طائلة قانون العقوبات** ، حيث تنص المادة ١٢٢ من قانون العقوبات على أن: " كل قاض امتنع عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه مصري[٥٣٤]. ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية

(٥٣٤) قيمة العقوبة معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ وكانت قبل التعديل لا تزيد على عشرين جنيه مصري.

ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر ".

(٢) **مخالفة قانون المرافعات المدنية والتجارية** ، حيث تنص المادة ٤٩٤ منه على أنه: "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة .. إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد إعذاره مرتين على يد محضر يتخللهما ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على عرائض وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى . ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضى ثمانية أيام على آخر إعذار".

وبالبناء على ما تقدم يثبت في يقيننا عدم وجود "مانع" من الأخذ بفكرة سحب الأحكام من محكمة النقض حيث لا يتصور الإبقاء على أخطاء غير مادية تقع في أحكام هذه المحكمة ولو كانت القوانين المعمول بها قد سكتت عن تنظيم هذه المسألة. فهل يتصور الإساءة إلى فكرة حجية الأحكام والمكانة التي تتبوأها محكمة النقض على قمة النظام القضائي المصري كله بالتمسك بحكم ينطوي على خطأ غير مادي ؟

وقد دافع العميد الفخري لمحكمة النقض الفرنسية(٥٣٥) عن فكرة سحب الأحكام، سواء بناءً على طلب أحد أطراف الطعن بالنقض أو من تلقاء نفس المحكمة أو بناءً على طلب النائب العام، بمقولة أن مكانة محكمة النقض وقدرها لن ينال منهما نزولها لحكم الواقع (réalisme) والتزامها التواضع (humilité) بالإقرار بأخطائها بهدف محوها(٥٣٦). ويؤكد سيادته أن هذه الفكرة هي شر لابد منه (un mal

(532) PERDRIAU, Les rabats d'arrêts … op. cit, No. 59

(٥٣٦) ورد في عبارته الفرنسية ما يلي:

(nécessaire حيث لا يجب أن تركن محكمة النقض إلا إلى نفسها لتقويض آثار حكم قام الدليل بعد البحث والدراسة على أنه صدر بالمخالفة لقواعد آمرة(٥٣٧). وقد ردد المحامى العام الأول لمحكمة النقض الفكرة نفسها بقوله(٥٣٨) أن سحب الأحكام يبدو بمثابة ضرورة عملية (une nécessité pratique) تعبيراً عن الاحترام للحقيقة وحقوق الدفاع (une exigence du respect due à la vérité et aux droits de la défense).

خلاصة القول أن ما يجمع مصر وفرنسا في هذا الصدد هو كون "السحب" غير منظم تشريعياً في أي منهما(٥٣٩).

الفرع الثالث

موقف محكمة النقض من سحب الأحكام

قبل أن نتصدى لهذا الموضوع قد يكون من المفيد أن نجيب بداية عن تساؤل مشروع لبيان ما إذا كانت المحكمة العليا في القضاء الإداري- وهي تعتبر على ما

“Nous persistons néanmoins à penser, pour notre part, que l’autorité et le prestige de la cour de cassation ne seraient pas amoindris dans l’hypothèse ou, faisant preuve à la fois de réalisme et d’humilité, celle-ci accepterait de reconnaitre ses éventuelles erreurs de fait afin de les effacer’.

PERDRIAU, Les rabats d’arrêts.., No. 62.

(534) PERDRIAU, Les rabats d’arrêts .., No. 60.

(٥٣٨) Conclusions sous arrêt Cass. Ass. Pl é n. 30 juin 1995, J.C.P. 1995, 11, 22478 p. 319.

(٥٣٩) PERDRIAU, Les rabats d’ arrêts.., No. 16 ، حيث يقول سيادته بالنسبة لفرنسا عـــن السحب إنه:

“.. n’est prévu et organisé par auncun texte”

ويردد المحامي العام الأول لدى محكمة النقض Michel Joel نفس الفكرة بقوله:

“Aucun texte ne prévoit le rabat d’arrêts, ni n’en organise la mise en oeuvre..”.

جرى به قضاء محكمة النقض بمثابة " محكمة الدرجة الثانية بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري" [540] تعرف فكرة سحب الأحكام ؟

الواقع أن المحكمة الإدارية العليا لم تتعرض في أحكامها إلي فكرة سحب الأحكام وتجعل السبيل الوحيد للطعن فيها هو دعوى أصلية بالبطلان ترفع أمام المحكمة الإدارية العليا نفسها[٥٤١]، ويجعل لها أن تقبلها وتلغى الحكم على أحد أساسين و هما[٥٤٢]:

الأول : انتفاء صفة الحكم القضائي عن الحكم، مثال ذلك أن يصدر الحكم عن مستشار قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للفصل في الدعوى.

الثاني: انطواء الحكم القضائي على عيب جسيم يمثل إهداراً للعدالة ويفقد فيها الحكم وظيفته، مثال ذلك، فقد الإعلان كيانه وصفته كما هو الحال في الأحوال الآتية[٥٤٣]:

أ – صدور الحكم على من لم يعلن إطلاقاً بصحيفة الدعوى.

ب – صدور الحكم على من تم إعلانه بإجراء معدوم.

ج – صدور الحكم بناءً على محضر إعلان صدر حكم قضائي بتزويره.

د – صدور الحكم على شخص بدون إعلانه للجلسة المحددة إعلاناً صحيحاً.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على أن حكمها بالفصل في طعن معروض عليها، سواء حسم النزاع برمته أو في شق منه أو في مسألة قانونية أو واقعية

---

(٥٤٠) نقض مدني في ١٨ كمن فبراير / شباط سنة ١٩٩٩، مجموعة المكتب الفني، س ٥٠ ج ١ رقم ٥٢ ص ٢٨٠.

(٥٤١) طعن رقم ٥٧٤ س٣٨ ق جلسة ٣٠ من مايو/أيار سنة ١٩٩٢، الموسوعة الإدارية الحديثة: مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة ج٣٣ (١٩٨٥-١٩٩٣) إصدار الدار العربية للموسوعات/ القاهرة، عام ١٩٩٤-١٩٩٥ قاعدة رقم ٥١٧، ص١٠٢٦.

(٥٤٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، ج٢، مبادئ أرقام ٤١٠ و ٤١١ و ٤١٢، ص١٣٨٠ وما بعدها.

(٥٤٣) طعن رقم ١٠٢٤ س٣٥ ق، جلسة ٢٨ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٩، الموسوعة الإدارية الحديثة، سابق الإشارة إليها، قاعدة رقم ٥١٦، ص١٠٢٥.

متعلقة به هو حكم قطعي يحوز حجية الشيء المحكوم فيه كقرينة قانونية جازمة بصحة ما قضى به، كما أنه حكم بات لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، بما في ذلك التماس إعادة النظر(٥٤٤). ورتبت على ذلك نتيجة هي أنه "يتعين" الالتزام به وتمتنع المحاجاة فيه صدعاً بحجيته القاطعة ونزولاً على قوته الباتة(٥٤٥).

فإذا كان ذلك هو موقف محكمة عليا تتربع على قمة القضاء الإداري المحكمة الإدارية العليا ، فما هو موقف محكمة النقض؟

يقتضي الأمر التفرقة بين موقف الدوائر الجنائية والدوائر المدنية على النحو الآتي :.

أولاً : موقف الدوائر الجنائية بمحكمة النقض :

نؤكد بداية بأن نص المادة ٣٨ من القرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، لا يتعلق إلا بحالة رفض الطعن الأول موضوعا بالنسبة لمن كان طرفاً فيه(٥٤٦)، وليس شكلاً(٥٤٧). أما إذا كان الطعن الأول قد حكم بعدم قبوله شكلاً – لعدم توقيع أسباب الطعن من محام مقبول

---

(٥٤٤) المحكمة الإدارية العليا (الدائرة الثانية) طعن رقم ٤٨٧ س٣٧ ق، جلسة ١٩من يوليه/تموز سنة ١٩٩٧ [مجلة هيئة قضايا الدولة، يناير/كانون ثان– مارس/آذار سنة ١٩٩٨، س٤٢، ع١، ص ١٧٩:١٨٠].

(٥٤٥) طعن رقم ١٠٧٤ س ٢٩ق، جلسة ١٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨٧، الموسوعة الإدارية الحديثة، سابق الإشارة إليها، قاعدة رقم ٥١١، ص١٠١٥.

(٥٤٦) مادة ٣١ من قانون حالات إجراءات الطعن بالنقض: نقض جنائي، ٢٨ من مارس/آذار سنة ١٩٨٣، مجموعة المكتب الفني، س٢٤، رقم ٩١.

(٥٤٧) أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، سابق الإشارة إليه، رقم ١٣٨٨، ص١٢٤٣.

أمام محكمة النقض قبل فوات مواعيد الطعن المقرر قانوناً – فيتعين الحكم بعدم قبول الطعن وليس بعدم الجواز[٥٤٨].

وقد استقرت أحكام محكمة النقض (الدائرة الجنائية) على عدم جواز الطعن الثاني ممن رفع الطعن الأول بأية صورة[٥٤٩]، واستعانت بهذه القاعدة لترفض أي تحايل في هذا الصدد عن طريق تقديم التماس إعادة نظر[٥٥٠] أو إشكال في التنفيذ[٥٥١]، ولم تقصر تطبيقها على حالة إذا ما رفع طعناً للمرة الثانية عن ذات الحكم[٥٥٢]بعد أن تم رفض الطعن الأول موضوعاً[٥٥٣].

ومفاد ذلك التزام المحكمة بالحكم بعدم الجواز، وليس بعدم القبول شكلاً، حيث أن النظر في جواز الطعن يسبق – على حد قول محكمة النقض – الفصل في شكله[٥٥٤].

وجدير بالذكر أن المذكرة الإيضاحية للمادة ١٤٣١ من قانون الإجراءات الجنائية التي استبدلت بها المادة ٣٨ من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض، قد أفصحت عن الحكمة من عدم جواز الطعن ممن رفعه إذا رفض الطعن

---

(٥٤٨) نقض جنائي (غرفة المشورة) طعن رقم ٢١٤٣٤ س٦٠ ق، جلسة ١٩ من سبتمبر / أيلول سنة ١٩٩٣ (حكم غير منشور).

(٥٤٩) نقض جنائي ٣٠ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨٠، مجموعة المكتب الفني، س٣٢، رقم ١٨٢، ص٩٣٩ و ١٢ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٤، مجموعة المكتب الفني، س٣٥، رقم ١٦٥، ص٧٤٩.

(٥٥٠) نقض جنائي، ٢٨ من مارس/آذار سنة ١٩٨٣، مجموعة المكتب الفني، س٢٤، رقم ٩١ ص٤٤٨.

(٥٥١) نقض جنائي ٢ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني، س١٣ العدد الأول، رقم ١٤٩ ص٥٩٦ و ٢٨ من مايو/آيار سنة ١٩٥٧، مجموعة المكتب الفني، س٨ (العدد الأول) رقم ١٥٦ ص٥٦٧، و ١٨ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧١، مجموعة المكتب الفني، س٢٢ رقم ١٣٣ ص٥٥٧ و ٢٢ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني، س٣٠، رقم ١٦٣ ص٧٧٣.

(٥٥٢) نقض جنائي ٢١ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٥٧، مجموعة المكتب الفني، س٨ العدد الأول، رقم ٢١٤، ص٧٩٨.

(٥٥٣) نقض جنائي ١٩ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س١٥، رقم٦، ص٢٩.

(٥٥٤) نقض جنائي ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س١٥، رقم٦، ص٢٩.

موضوعاً بأنها "رغبة في كبح جماح الطعون التي ترفع بغير ترو"، لأن القول بغير ذلك معناه أن تتكرر الطعون دون قيد، فلا يحوز الحكم أبداً الصفة الباتة(٥٥٥).

ويعد هذا الموقف من قبل محكمة النقض بشأن الحكم بعدم جواز الطعن احتراماً منها لمكانتها باعتبارها "خاتمة المطاف في مراحل التقاضي، وأحكامها باتة، ولا سبيل إلى الطعن فيها(٥٥٦)، حيث لم يجز المشرع الطعن في أحكامها إلا بدعوى البطلان إذا ما قام بأحد القضاة ممن أصدروه سبب من أسباب عدم الصلاحية "وذلك زيادة في الاصطيان والتحوط لسمعة القضاء"(٥٥٧) ، فإذا توافر مثل هذا السبب التزمت المحكمة – في هذه الحالة فقط – بإلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى. ومع ذلك فقد جرت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) على سحب الحكم عند وقوع خطأ مادي نظراً لتعلق الأمر بالأرواح والحريات(٥٥٨). ويعد ذلك .." من قبيل الاستثناء الذي يجب قصره في نطاق ما استثن من أجله وعدم التوسع فيه "(٥٥٩).

وقد أجازت محكمة النقض في حالة الحكم بعدم القبول شكلاً "الرجوع" عنه إذا تبين للمحكمة عدم صحة ما استندت إليه للنطق بهذا الحكم(٥٦٠). تطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض بحقها في العدول عن أحكامها ".. في أحوال مخصوصة تحقيقاً لحسن سير العدالة"(٥٦١) إذا ما حكمت بعدم قبول الطعن شكلاً استناداً إلى أمر معين، ثم يتبين عدم صحته "بما يخرج عن إرادة الطاعن"(٥٦٢) وذلك في الحالات الآتية :

---

(٥٥٥) نقض جنائي ١٩ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفنـي، س٢١، رقـم ٣١، ص١٢٩.
(٥٥٦) نقض جنائي ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٦٤، مجموعة المكتب الفنـي، س٢١، رقـم ١٧٥، ص١٠٩٢.
(٥٥٧) نقض جنائي ٣٠ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفنـي، س٢١، رقـم ١٧٥، ص١٠٢٩.
(٥٥٨)كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص٢٠٣٩.
(٥٥٩) إدوار غالي الدهبي، المرجع السابق رقم ٦٥٩ ، ص ٩٧٧.
(٥٦٠) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم ١٣٨٨، ص١٢٤٤.
(٥٦١) نقض جنائي ٢٩ من شهر أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني، س٣٦، رقم ١٠٣، ص٥٨٦.
(٥٦٢) نفس الحكم المشار إليه في الهامش عاليه .

الحالة الأولى: عدم تقديم الطاعن أسباباً لطعنه، ويتبين فيما بعد أن الطاعن قد قدم الأسباب في الميعاد ولكن قلم كتاب النيابة العامة المختصة قصر في إرسالها إلى قلم كتاب محكمة النقض(٥٦٣).

الحالة الثانية: عدم علم الطاعن بالجلسة التي عجل إليها نظر الطعن ولم يشرع مرافعة فيها، ويتبين أنه لم يعلم بها(٥٦٤).

وجدير بالذكر أن محكمة النقض قد أكدت بعد إلغاء المادة ٤٣٠ من قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض واستحداث نص المادة (٣٨) الذي ينص على أن " تحكم المحكمة في الطعن بعد تلاوة التقرير – الذي يطعن أحد أعضائها – ويجوز لها سماع أقوال النيابة العامة والمحامين من الخصوم إذا رأت لزوماً لذلك " ، بأنها بذلك " .. قد دلت على أن سماع الخصوم من الإجازات الموكولة لتقدير محكمة النقض متى اتصلت بالطعن بناء على التقرير به وبالتالي لا يلزم دعوة الخصوم أياً كانت صفاتهم بإعلانهم أو إخطارهم بالجلسة التي تحدد لنظر الطعن سواء كان أهم الطاعنين أو المطعون ضدهم متهمين أو مدعين بحقوق مدنية أو مسئولين عنها، **لأن من لا يجب سماعه لا تلزم دعوته** " .

وبناءً على ذلك قضت المحكمة أنه " من المقرر أن مجرد التقرير بالطعن بالنقض في قلم الكتاب تصبح به محكمة النقض متصلة بالطعن اتصالاً قانونياً صحيحاً متى قدم التقرير في ميعاده القانوني .. ويتعين على الطاعن أن يتابع طعنه

---

(٥٦٣) نقض جنائي ٣٠ من نوفمبر/ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢، مجموعة القواعد القانونية، ج٦، رقم ٢٧، ص٣٥، و٢ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني س٢٥ رقم١١٣ ص٥٢٧، و٧ من مارس/آذار سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٨٢، ص٣٨٦ و ١١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، طعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٦٢ ق (غير منشور) ، وطعن رقم ١٧٤١٩ لسنة ٦٢ ق (غير منشور) و ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ، طعن رقم ١١٢٧٩ لسنة ٦٤ ق (غير منشور).

(٥٦٤) مجموعة القواعد القانونية في ربع قرن؛ طعن رقم ٢١٣٦، س ١٧ق، في ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٤٨ ، ج٢ رقم ٦٤٥ ص ١١٧٤ و ٢ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٢ ، طعن رقم ١٧٤١٧ لسنة ٦٢ ق (غير منشور).

دون أن يلتزم قلم الكتاب أو النيابة العامة بإعلانه ، ومن ثم فلا وجه لما يستند إليه الطالب من أنه لم يخطر للحضور بالجلسة السابق تحديدها لنظر الطعن"[٥٦٥]

الحالة الثالثة: حصول تقرير الطعن بالنقض بعد انقضاء الميعاد القانوني، ويتبين أن الطاعن كان قد قرر بالطعن في الميعاد[٥٦٦].

الحالة الرابعة: ثبوت وفاة الطاعن قبل صدور الحكم، – وهى واقعة لم تكن معلومة للمحكمة وقت صدوره – حيث يتعين العدول عن الحكم .. والقضاء بانقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المحكوم عليه "[٥٦٧].

الحالة الخامسة: سقوط الطعن بعدم تقدم الطاعن للمثول للتنفيذ قبل إصدار الحكم، ثم يتبين أن التنفيذ قد أوقف قبل هذا الحكم لحين الفصل في الإشكال الذي رفعه الطاعن ولم يفصل فيه حتى نظر الطعن[٥٦٨] أو أن الإشكال قد قضي فيه بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى يفصل في الطعن بالنقض ، فسقط عنه منذ هذا التاريخ ، وقبل صدور القرار بسقوط الطعن ، الالتزام بالتقدم للتنفيذ (مما يتعين معه) الرجوع في (قرار غرفة المشورة بسقوط الطعن وإلزام الطاعن المصاريف المدنية) [٥٦٩].

الحالة السادسة: عدم توقيع أسباب الطعن من محام مقبول أمام محكمة النقض ثم يتبين عكس ذلك[٥٧٠].

(٥٦٥) نقض جنائي في ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س٣٦ رقم ١٠٣ ص٥٨٦ (سابق الإشارة إليه).

(٥٦٦) مجموعة القواعد القانونية في ربع قرن، ج٢ رقم ٦٤٦، طعن رقم ١٧١٤ س ١٩ق في ٢١ من مارس/آذار سنة ١٩٥٠، مجموعة المكتب الفني، س١، رقم ١٤٧، ص٤٤٦.

(٥٦٧) نقض جنائي ٤ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني، س١٣، رقم ١٩٨، ص٨٢٤.

(٥٦٨) نقض جنائي ٢٧ من مارس/آذار سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٨٢ ص٣٨٦، ونقض جنائي طعن رقم ٨٠٢٠ لسنة ٥٨ق جلسة ٢٧ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩١ (حكم غير منشور).

(٥٦٩) طعن جنائي رقم ٤٧٠٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ٢ من مارس/آذار سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني س ٤٠ رقم ٧ ص٤٧ .

(٥٧٠) نقض جنائي ٢٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٦٨، مجموعة المكتب الفني، س١٩، رقم ٥٣ ص٢٨٨ و ٨ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤١ رقم ١٧٨ ص ١٠٠٤ .

الحالة السابعة :عدم توقيع أسباب الطعن " غير مقروء) ثم تبين بعدئذ أن صورة مذكرة الأسباب موقعة بتوقيع واضح لمحامي مقبول أمام محكمة النقض[٥٧١]

الحالة الثامنة: صدور الحكم المطعون فيه من محكمة أمن الدولة العليا، ويتبين أنه صدر من محكمة الجنايات مشكلة وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية وليس باعتبارها محكمة أمن دولة عليا[٥٧٢].

الحالة التاسعة: عدم إيداع محامى الطاعن التوكيل بالطعن، ويتبين ثبوت وجود التوكيل قبل نظر الطعن وأن تعذر إيداعه ملف الدعوى يرجع إلى وفاة المحامى بما يخرج عن إرادة الطاعن[٥٧٣].

الحالة العاشرة:عدم وجود توكيل من محامى الطاعن يخوله الطعن بالنقض، ويبين أن هذا التوكيل كان ضمن مرفقات ملف الطعن بالفعل[٥٧٤]، أو أن التوكيل المقدم هو صورة ضوئية لتوكيل غير مصدق عليه رسمياً ثم يتبين إنه كان مقدماً عند التقرير بالطعن بالنقض ومرفقاً بمفردات الدعوى ولم يرد ضمن أوراق الطعن عند نظره بالجلسة أمام غرفة المشورة[٥٧٥]

الحالة الحادية عشر :امتداد أثر الطعن إلى جميع المتهمين ثم يتبين أن بعضهم لم يكن طرفاً في الخصومة الاستئنافية ومن ثم فلا مصلحة لهما في امتداد أثر الطعن إليهما وقد قضى لهما بالبراءة وهو حتماً ينطوي ضمناً على رفض الدعوى المدنية بالنسبة لهما فضلاً عن أن المدعية بالحق المدني تطعن على الحكم

---

(٥٧١) طعن جنائي رقم ١٨٣٧٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٦ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٤ (غير منشور) وطعن رقم ٣٤٣١ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٢ من إبريل/نيسان سنة ١٩٩٧ (غير منشور) .

(٥٧٢) نقض جنائي ٤ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س٢١، رقم ٣، ص١٧.

(٥٧٣) نقض جنائي ١٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني، س٢٦، رقم ٢٤، ص١٥٤.

(٥٧٤) نقض جنائي ١١ من مايو/آيار سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني، س٢٦، رقم ٩١، ص٣٩٦، و ١٤ من مارس/آذار سنة ١٩٩١، مجموعة المكتب الفني، س٤٢ رقم ٧٣ ص٥٠٤.

(٥٧٥) نقض جنائي في ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٧ ، طعن رقم ٢١٨٩٥ لسنة ٦٥ ق (غير منشور) .

بطريق النقض" .. الأمر الذي يستوجب الرجوع في الحكم عما قضي به من امتداد أثر الطعن إليهما"[٥٧٦].

في كل هذه الحالات رأت الدوائر الجنائية بمحكمة النقض الرجوع في حكمها أو عنه كلما كانت هناك جدوى من الرجوع ... [٥٧٧] ونظر الطعن من جديد مُغلبة في ذلك اعتبارات حماية الصالح العام.

في المقابل رفضت المحكمة الرجوع عن حكمها بعدم القبول شكلاً على سند من القول بأن المحكمة لم تتعرض في حكمها لمذكرة أسباب الطعن الثانية المقدمة في الميعاد على أساس أن هذه المذكرة " تلتقي في جملتها مع أسباب الطعن الواردة في المذكرة الأولى التي تكفل الحكم الصادر من هذه المحكمة بالرد عليها "[٥٧٨] كما رفضت هذه الهيئة الاستجابة لطلب قدم إليها للرجوع في حكمها استناداً إلى أن الطالب الذي لم يقبل طعنه شكلاً لعدم تقديم سند لإثبات الوكالة كان منتدباً بقرار معافاة لرفع الطعن ومباشرة إجراءاته ، مادامت الصورة الرسمية لهذا القرار كانت مودعة ملف الطعن وقت صدور الحكم بعدم قبول الطعن شكلاً ومعروضة على الهيئة التي أصدرت الحكم ولم تر الأخذ به سنداً لإثبات الوكالة[٥٧٩]، أو إلى التزام قلم الكتاب أو النيابة العامة بإعلانه بميعاد الجلسة السابق تحديدها لنظر الطعن حيث رأت المحكمة أن الطاعن يلتزم بمتابعة طعنه بعد أن اتصلت به محكمة النقض اتصالاً قانونياً صحيحاً بتقديم الطاعن طلبه في ميعاده القانوني[٥٨٠] أو لوجود

---

(٥٧٦) نقض جنائي في ٢١ من مارس/آذار سنة ١٩٩٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٥ رقم ٦٣ص ٢٥ .

(٥٧٧) نقض جنائي في ١٣ من يناير/كانون ثان سنة ٢٠٠٠ ، طعن رقم ٤٩٧٧ لسنة ٦٦ ق.

(٥٧٨)الحكم المشار إليه في الهامش السابق .

(٥٧٩) نقض جنائي ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني، س٣٦، رقم ١٠٣، ص٥٨٦.

(٥٨٠) حيث رأت المحكمة أنه يتعين عليه أن يتابع طعنه دون أن يلتزم قلم الكتاب أو النيابة العامة بإعلانه: نقض جنائي ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني، س٣٦، رقم ١٠٣، ص٥٨٦.

الطاعن مقيد الحرية بالسجن العمومي للقوات المسلحة يوم صدور الحكم الصادر ضده حيث رأت المحكمة أن وجود الطاعن في السجن لا ينهض بمجرده عذراً لعدم التقرير بالطعن بالنقض ما دام لا يدعى أنه حيل بينه وين إبداء رغبته في الطعن، فضلاً عن أنه لم يقرر بالطعن حتى الآن[٥٨١]، أو صلاحية قرار ندب المحامى بقرار المعافاة لرفع الطعن ومباشرة إجراءاته سنداً لإثبات وكالته عن الطاعن[٥٨٢].

تطبيقاً لذلك، رفضت محكمة النقض تعييب حكمها ولو كان سند الطالب في ذلك هو العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة وصدر الحكم دون إحالة إلى الهيئة العامة المختصة على خلاف ما تقضى به المادة الرابعة من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٩[٥٨٣]، أو عدم دستورية القانون الذي صدر على حكم النقض المطلوب عدم الاعتداد به[٥٨٤]، أو انعدام حكم النقض لبطلان إعلان تقرير الطعن[٥٨٥]، أو بطلان صحيفة الطعن لعدم التوقيع عليها من محام مقبول أمام محكمة النقض[٥٨٦].

---

(٥٨١) حيث رأت المحكمة أن الصورة الرسمية لقرار الندب كانت مودعة ملف الطعن وقت صدور الحكم ولم تر المحكمة الأخذ به سنداً لإثبات الوكالة: نقض جنائي ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني، س٣٦، رقم ١٠٣، ص٥٨٦.

(٥٨٢) نقض جنائي ٤ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩١، مجموعة المكتب الفني، س ٣٣ رقم ٨٨ ص٦٠٢. وجدير بالذكر أن محكمة النقض قضت – مسايرة لنفس المنطق – بعدم جواز تقدم المطعون ضده بالنقض بطعن بالنقض بطريق فرعي استناداً إلى وجود نص قانوني يبيح ذلك "خاصة وأن الطعن بالنقض طريق غير عادي": نقض مدني ١٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٨٢، غير منشور في مجموعة المكتب الفني، ومنشور لدى المستشار عبد المنعم الشربيني، الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض: الدوائر المدنية والتجارية والعمال والأحوال الشخصية والإيجارات، س٣٣ ج١١ (يناير/كانون ثان – يونيو/حزيران سنة ١٩٨٢) ص ص ٥٨:٦٣.

(٥٨٣) نقض مدني (طلبات رجال القضاء) في ٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٢٠، رقم ١٧٣، ص١١٢٧، ونقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧ مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١، ص٣٥٩.

(٥٨٤) نقض مدني ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني، س٢٥ رقم ٧ ص٤٥.

(٥٨٥) نقض مدني ٣٠ من يونيو /حزيران سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س٢١، رقم ١٧٥، ص١٠٩٢.

(٥٨٦) نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١، ص٣٥٩.

ويتفق مسلك دوائر المواد الجنائية في مصر فيما تقدم، مع مسلك الدوائر الجنائية لمحكمة النقض في فرنسا، ونورد بعض الأمثلة في هذا المعنى:

المثال الأول: صدر حكم محكمة النقض في ١٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٠ بسقوط الطعن المقدم من المحكوم عليه في جريمة تهريب بالسجن والحرمان النهائي من دخول الأراضي الفرنسية، فضلاً عن عدة عقوبات جمركية، لعدم تسليم المتهم نفسه أو الحصول على إعفاء من ذلك قبل نظر الطعن، ثم تقدم الأخير بطلب إلى المحكمة راجياً العدول عن حكمها حيث سبق له أن تقدم بطلب إلى المحامى العام لدى محكمة الاستئناف في ٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٠ لإعفائه من تسليم نفسه.

رفضت المحكمة في ٢٤ من يوليه/تموز سنة ١٩٩١ العدول عن حكمها وأكدت أن الطالب لم يتقدم بما يفيد حصوله فعلاً على هذا الإعفاء. ومفاد ذلك أن مثل هذا الطلب كان جائزاً أو مقبولاً لو كان الطالب قد أرفق به ما يفيد حصوله على الإعفاء[٥٨٧].

المثال الثاني: صدر حكم محكمة النقض في ٢٩ من يونيو/ حزيران سنة ١٨٥٠ بسحب حكم سبق أن أصدرته بالرفض على أساس عدم إيداع الطاعن للغرامة، لثبوت أن هذه الغرامة قد أودعت بالفعل في التوقيت المناسب[٥٨٨].

كل ذلك ما لم يكن الحكم المطلوب سحبه قابل للطعن فيه بأي طريق آخر من طرق الطعن احتراماً لكون الطعن بالنقض طريق استثنائي لا يمكن ولوجه إلا عند عدم توافر أي طريق طعن عادى[٥٨٩].

ثانياً : موقف الدوائر المدنية والتجارية بمحكمة النقض:

---

(583) Cass. crim. 24 juillet 1991. Pourvoi No. 90-80, 798 (inédit)
(588) Cass. crim. 29 juin 1850, D.P. 50-5-50 et 1er février 1872. D. P. 72-1-205.
(589) Cass. crim. 29 novembre 1995. Pourvoi no. 95-82, 859 Arrêt No. 6535. (inédit).

قضت محكمة النقض، استناداً إلى المادتين ٩٠ و ٩٢ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ في شأن السلطة القضائية بحظر الطعن في الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية[٥٩٠]،" سواء أمام محكمة النقض أو غيرها من المحاكم– لما في ذلك من مساس بحجية أحكام محكمة النقض"[591]، بما في ذلك إعادة النظر[٥٩٢]، وأغلقت السبيل إلى إلغائها إلا استناداً إلى توافر سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد القضاة الذين أصدروه[٥٩٣]، وذلك زيادة في الاصطيان والتحوط لسمعة القضاء[٥٩٤].

تطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض تعييب حكمها ولو كان سند الطالب في ذلك هو العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة وصدر الحكم دون إحالة إلى الهيئة العامة المختصة على خلاف ما تقضى به المادة الرابعة من القانون ٥٦ لسنة

---

(٥٩٠) نقض مدني ٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٨٩، مجموعة المكتب الفني س٣١ رقم ١٩٥، ص١٠٠٣.

٥٩٠) نقض مدني ٢٦ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٩٩، مجموعة المكتب الفني، س ٥٠ ج٢ ، رقم ٢٠٤ ص ١٠٤١، وقضت المحكمة تطبيقاً لذلك بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه... محلاً للطعن بالنقض ... وقضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن، و إذا عادت الطاعنة وطعنت على الحكم المطعون فيه أمام محكمة الاستئناف التي أصدرته بالتماس إعادة النظر، وكان يتعين عليها أن تقضي في الالتماس بعدم جوازه لما في ذلك من مساس بحجية الحكم الصادر من محكمة النقض وإذ خالفت هذا النظر وتصدت لبحث مدى توافر أوجه الالتماس وانتهت بحكمها محل الطعن الماثل إلى عدم قبول الالتماس بما كان يتعين معه نقض الحكم إلا أنه ولما كان عدم قبول الالتماس وعدم جوازه يتساويان في النتيجة بما لا يتحقق معه نقض الحكم سوى مجرد مصلحة نظرية بحتة فإنه يتعين الحكم برفض الطعن دون حاجة لبحث أسبابه".

(٥٩٢) نقض مدني ٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٨١، مجموعة المكتب الفني، س٣١، رقم ١٩٥، ص١٠٠٣.

(٥٩٣) نقض مدني ٢٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٢، مجموعة المكتب الفني، س٢٣، ج١، رقم ٩٦، ص٦١٩.

(٥٩٤) نقض مدني ٤ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني، س١٦، رقم ١٥٤، ص٩٧٣ و ٢٢ من يونيو/حزيران سنة ١٩٨٩ مجموعة المكتب الفني، س٤٠، رقم ٢٧٤، ص٦٦٣ و ٢٢ من مارس/آذار سنة ١٩٩٠، مجموعة المكتب الفني، س٤١، رقم ١٣٧، ص١٨٩، وأكدت المحكمة أن سبيل الخصم إلى الطعن ببطلان حكم النقض يكون بطلب يقدمه لمحكمة النقض التي اختصها المشرع بنظره غير مقيد فيه بميعاد حتى أخذاً بعموم النص وإطلاقه حيث لا يعد طعناً بطريق النقض وإنما هو بمثابة دعوى بطلان أصلية يكون للمحكمة أن تقضي فيه بإلغاء الحكم الصادر منها في الطعن وإعادة نظر الطعن أمام دائرة جديدة، أو الحكم بعدم قبوله بحسب ما إذا كان الطلب قد توافرت فيه موجبات قبوله من عدمه.

١٩٥٩[٥٩٥]، أو حتى مجرد سبق صدور حكم آخر لمحكمة النقض[٥٩٦]، أو عدم دستورية القانون الذي صدر على أساسه حكم النقض المطلوب عدم الاعتداد به[٥٩٧]، أو انعدام حكم النقض لبطلان إعلان تقرير الطعن[٥٩٨]، أو بطلان صحيفة الطعن لعدم التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة النقض[٥٩٩].

في هذه الحالات جميعاً رفضت الدوائر المدنية والتجارية للمحكمة أن ترجع عن قضائها وتسحب حكمها استناداً إلى الأصل العام وهو عدم جواز سحب الأحكام في المسائل المدنية.

ورفضت المحكمة طلب الطاعن منها – إزاء سكوت المشرع عن علاج هذه الحالة – بالمصادر الأخرى للتشريع المشار إليها في المادة الأولى من القانون المدني من عرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقانون طبيعي وقواعد العدالة، لإثبات حق محكمة النقض في سحب أحكامها المشوبة بأخطاء غير مادية، على سند من القول بأن "القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي والمرافعات المدنية هي المشتملة على الإجراءات والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وبكيفية الفصل في الدعوى وقواعد إصدار الأحكام وتنفيذها لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ولا بالنصوص القانونية المنظمة لها". وأكدت على أن المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساساً في مجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكملة لها دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى. وأوضحت محكمة

---

(٥٩٥) نقض مدني (طلبات رجال القضاء) ٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني س٢٠، رقم ١٧٣، ص١١٢٧ ونقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١، ص٣٥٩، ونقض (دائرة عمالية) في ١٣ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٨٥، طعن رقم ١٩٤٧، س ٤٩ق (حكم غير منشور) وانظر حكم حديث يؤكد على أن السبب الوارد في المتن ليس سبباً لبطلان الحكم أو للنعي على الحكم الناقض: نقض مدني ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س٤٥، رقم ٢١، ص٩٦.

(٥٩٦) نقض مدني ١٠ من مارس/آذار سنة ١٩٨٥، طعن رقم ٥٩١، س٥١ ق (حكم غير منشور).

(٥٩٧) نقض مدني ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني، س٢٥، رقم ٧، ص٤٥.

(٥٩٨) نقض مدني ٣٠ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني، س٢١، رقم ١٧٥، ص١٠٩٢.

(٥٩٩) نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١، ص٣٥٩.

النقض بأن سندها في ذلك هو أن القضاء المدني الذي تعرض عليه خصومات مرددة بين الأفراد وتتصل بأموالهم ويدلى كل خصم فيها حقاً يناهض حق الآخر ويوازن القاضي بين دفاع كل منهما ويرجح أحدهما على الآخر، وهو ما يستلزم بطبيعة الحال استقرار المراكز القانونية وعدم قلقلتها "فلا تجوز المحاجاة بما درجت عليه الدائرة الجنائية في هذا الصدد[٦٠٠]. وأضافت أن نص المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات قاطع في هذا الصدد حيث يحظر الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن، وهى عبارة تغطى بعمومها وإطلاقها كافة أحكام محكمة النقض، وكان نصها بهذه المثابة باقياً على عمومة لم يدخله التخصيص، بل وأطلق عن قرينة تمنع من إرادة تخصيصه. لذا انتهت المحكمة إلى أن ما يتذرع به الطاعن من إجازة الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة النقض بدعوى مخالفتها لحكم نهائي حائز قوة الأمر المقضي "ينطوي على مجاوزة لمراد الشارع"[٦٠١].

وفي هذا الصدد قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن ليس في نصوص قانون المرافعات ما يحول دون أن يرفع الطاعن بالنقض طعناً آخر عن ذات الحكم ليستدرك ما فاته من أوجه الطعن طالما كان ميعاد الطعن ممتداً وكان لم يسبق الفصل في موضوع الطعن الأول[٦٠٢]، وعندئذٍ تضم محكمة النقض الطعنين للارتباط[٦٠٣]. مفاد ذلك أن جواز رفع طعن ثان عن ذات الحكم ممن رفع الطعن الأول مشروط بأمرين وهما:

---

(٦٠٠) نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١، ص٣٥٩ و١٣ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٨٥ ط١٤٧، س ٤٩ق (حكم غير منشور) و ١٠ من مـــارس/آذار سنة ١٩٨٥، طعن ٥٩١ س ٥١ق (حكم غير منشور)، فضلاً عن نقض (طلبات رجال القضاء) في ٢ من ديسمبر/كانون الأول ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٢٠، رقم ١٧٣، ص١١٢٧.

(٦٠١) نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١ ص٣٥٩ .

(٦٠٢) نقض مدني ١٢ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٤، مجموعة المكتب الفني، س٣٥، ج١، رقم ٣٤٧، ص١٨٣١ و ٢٦ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥، الطعون أرقام ٥٦٣ و ٥٨٢ و ٦٧٦ س ٥٢ق (حكم غير منشور).

(٦٠٣) نقض مدني (أحوال شخصية) ١٧ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٧٩، الطعنان رقما ١٦ و ٢٦ سنة ٤٨ق أحوال شخصية (حكم غير منشور).

الأول: أن يكون ميعاد الطعن ممتداً.

الثاني: ألا يكون قد سبق الفصل في موضوع الطعن الأول، حيث يتعين في هذه الحالة احترام كون الحكم قد أصبح باتاً[٦٠٤].

وقد أكدت محكمة النقض[٦٠٥] على أن جزاء تخلف أحد هذين الشرطين هو الحكم بعدم قبول الطعن الثاني، في حين تلتزم المحكمة بالحكم بعدم جواز قبول الطعن إذا كان قد سبق الفصل في موضوع الطعن الأول، أو كان ميعاد الطعن قد انقضى بالفعل عند إيداع الطاعن لأسبابه الجديدة، مع ذلك ذهب حكم حديث إلى أن المحكمة تلتزم بالحكم بـــ "انتهاء الخصومة" في الطعن إذا ما ثبت صدور حكم في طعن سابق من محكمة النقض في شأن الحكم النهائي المطعون فيه أمامها[٦٠٦].

وقد انقسم الفقه حول هذا الحل:

ذهب البعض إلى أن الحكم بعدم قبول الطعن أو عدم جواز قبوله – ولو كان ميعاد الطعن ممتداً – يحول دون قبول الطعن في الحكم بالنقض من جديد ولو لأسباب جديدة[٦٠٧].

وذهب البعض الآخر إلى التفرقة بين حالتين، وهما[٦٠٨]:

---

(٦٠٤) نقض مدني ٦ من يناير/كانون ثان ١٩٩٢، طعن رقم ١٤٢٧ س٥٢ ق (حكم غير منشور).

(٦٠٥) نقض مدني ٢٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩١، طعن رقم ٩٦٧ س ٥٢ق (حكـم غيـر منشور).

(٦٠٦) نقض مدني ٣٠ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٦، طعن رقم ٥٦٤٣ س٦٣ ق (حكم غيـر منشور) وقد انتهت نيابة النقض في مذكرتها المقدمة إلى محكمة النقض في هذا الطعن إلـى أن قـوة الأمر المقضي التي اكتسبها الحكم المطعون فيه للمرة الثانية بالنقض بعد سبق رفض الطعن فيه بهـذا الطريق "تسمو على اعتبارات النظام العام" (مذكرة غير منشورة مؤرخة ٦ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥).

(٦٠٧) والي،المرجع السابق، رقم ٣٤٨ ص ٨٠١ وانظر في نفس المعنى:

Cass. civ. 23 février 1885 Ch. civ., D. 1885. 1. PP. 307:308.

الحالة الأولى: حالة رفض الطعن لعيب شكلي، مع امتداد ميعاد الطعن: فيكون للطاعن استدراك ما فاته من تلك الإجراءات الشكلية التي استوجبت الحكم بعدم قبول الطعن شكلاً.

الحالة الثانية : حالة رفض الطعن لمخالفة القانون أو المخالفة في تطبيقه أو في تأويله، فيتعين الحكم بعدم قبول الطعن الثاني ولو كان مبنياً على أسباب أخرى، حيث ليس من شأن هذه الأسباب أن تجعل الطعن الثاني مغايراً للطعن الأول.

وهذا الذي انتهت إليه الدوائر المدنية والتجارية بمحكمة النقض المصرية يخالف المستقر لدى قضاء محكمة النقض الفرنسية حالياً وإن اتفق معه في بداياته، ويحتاج الأمر بعض التفصيل.

فقد كان القضاء الفرنسي في البداية ضد أي محاولة للنيل من حكم النقض بعد صدوره، فكان يرفض العرائض التي تقدم إليه بهدف تصحيح خطأ إجرائي لا يتحمل وزره الطاعن[٦٠٩] une erreur de procédure non imputable à la partie ، وهو الموقف الذي كان محلاً لتأييد الفقه الفرنسي آنذاك[٦١٠]. فكان إذا حكم بعدم قبول طعن من الطعون يستحيل إعادة طرح الموضوع نفسه على محكمة النقض لتسحب حكمها وتصدر حكماً جديداً تصحيحاً للخطأ الإجرائي الذي أدى – دون أن يكون للطاعن دخل في وقوعه – إلى صدور الحكم الأول المعيب بعدم القبول، فضلاً عن ذلك كان قضاء النقض الفرنسي يصر على أن أحكامه حضورية دائماً ولو صدرت

---

(٦٠٨)المستشار حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر – القاهرة، عام ١٩٣٧، رقم ٣٢٥، ص٦٤٤:٦٤٥ والمستشار الدكتور مصطفي كيرة، النقض المدني، القاهرة، عام ١٩٩٢، رقم ٨٤٩، ص٧٥١.

(609) Cass. civ, 33 février 1885, D.P. 1885 1. 307; 30 juillet 1889 D.P. 1885. I o.1.232.

(610) FAYE, La cour de cassation, Librairie Maresco Aine/ Paris 1903, No. 258.

غيابية، ورتب على ذلك حظر المعارضة – التي كانت جائزة في ذلك الوقت – فيها اكتفاءً منها بأن الطاعن قد تقدم بالعريضة الأصلية بالنقض (Requête initiale)[٦١١].

واستمرت محكمة النقض الفرنسية في موقفها الرافض للمساس بأحكام دوائرها المدنية[٦١٢] اللهم إلا في حالتين هما عدم نسبة الخطأ إلى الطاعن أو كون العيب الإجرائي الذي صدر من المحكمة قد أثر في الحل الذي تبنته محكمة النقض.

تطبيقاً لذلك صدرت عدة أحكام بالسحب في المواد المدنية اعتباراً من ستينات القرن الماضي، فقبلت المحكمة سحب حكمها في مادة مدنية في واقعتين مهمتين، وهما:

(١) أن تتبين امتداد ميعاد الطعن لتقدم الطاعن بطلب للمساعدة القضائية بعد أن حكمت بعدم قبوله لرفعه بعد الميعاد[٦١٣].

(٢) أن تتبين تنازل الطاعن عن طعنه قبل نظره، بعد أن حكمت في موضوعه[٦١٤].

كما قبلت المحكمة سحب حكمها في مادة اجتماعية عندما تبينت أن الطاعن الذي حكم بسقوط طعنه لعدم تقدمه بمذكرة شارحة لأسباب هذا الطعن (Un Mémoire Ampliatif)، كان قد تقدم بمذكرته في الميعاد إلا أنها أرفقت على سبيل الخطأ – من قبل قلم الكتاب – بملف آخر[٦١٥].

---

(611) Cass. civ. 23 février 1885. D.P .1885.1.307 (précité); 23 novembre 1846. cité in Note D.P.85.1.307.

(612) Cass. civ. 2 décembre 1965. Bull. civ. 11.No. 1075, 18 mai 1967. Bull Civ. 11. No. 181.

(613) Cass. civ. 8 juillet 1960 Bull. civ. 11. No. 460.

وينص القانون الفرنسي الحالي للمساعدة القضائية على تمديد مدد الطعن في هذه الحالة:

"Décret No. 91-1266 du 19 déc. 1991 portant application de la loi No. 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique (J.O. 20 décembre 1991) (Ed G.) J.C.P. 1992 III (Textes) 65259.

(614) Cass. civ. 17 décembre 1963 (Bul. Civ. 11. No. 836).

(615) Cass. soc. 12 novembre 1969. D. 1970. somm. 57 Bull. civ. V. No. 604.

وأكدت الهيئة المدنية بمحكمة النقض هذا الاتجاه، فأصدرت عدة أحكام في هذا الصدد منذ بداية التسعينيات من القرن الماضي مبرزة أن ما يبرر السحب هو خطأ مادي تقع فيه محكمة النقض أو إحدى إداراتها[٦١٦] في حدود ما ورد في المواد ٤٦٢ و ٤٦٣ و ٤٦٤ من التقنين الجديد للمرافعات المدنية والتجارية [٦١٧]، ونذكر من بين التطبيقات القضائية في هذا الصدد ما يلي:

(١) عدم إغفال تنازل الطاعن عن طعنه[٦١٨].

(٢) تناقض أسباب حكم محكمة النقض مع المنطوق، حيث قضت المحكمة أول مرة بعدم قبول الطعن في حكم صدر برفض تمسك فندق بأن حادث السرقة الذي وقع يعد سبباً أجنبياً مستحيل التوقع وغير ممكن الدفع. وأسندت حكمها إلى ما أبدى من دفاع مفاده توافر السبب الأجنبي ؟ .. واستجابت محكمة النقض إلى طلب السحب الذي قدم إليها من المحامى العام بمحكمة النقض، وسحبت الحكم[٦١٩].

(٣) خطأ مادي من محكمة النقض، ومن أمثلته:

---

(616) ".. Une erreur matérielle imputable à la cour de cassation ou à ses services": Cass 2e ch. civ. 27 novembre 1991. Arrêt No. 1237. Pourvoi No. 91-15, 678 (inédit).

فإذا تبين عدم توافر الخطأ المادي فيتعين رفض طلب السحب:

Cass. 3e ch. Civ. 5 novembre 1993. Pourvoi No. 95-12.421 (inédit).

كذلك الحال إذا لم يقدم الطالب الدليل على الخطأ إلى محكمة النقض أو إحدى إداراتها:

Cass. Com. 2e ch. 27 nov. 1991, Bull. Civ. 11. No. 422, J.C.P. (ed. G.) 1992 iv. 366.

(617) Cass. 3e ch. civ. 29 janvier 1992. arrêt No. 200. Pourvoi No. 91-13. 420; Cass. 3e ch. civ. 8 juin 1994. arrêt No. 1062, Pourvoi No. 93-70, 185. (Arréts inédits).

(618) Cass. 3e ch. civ. 29 janvier 1992. arrêt No. 200, Réquête No. 91-13. 701et cass 1re ch. civ 22 novembre 1994. arrêt No. 1546, Requete No. 93-04. 241 (Arréts inédits).

(619) Cass. 1re ch. civ. 4 novembre 1992. arrêt No. 1387. Pourvoi No. 92-16. 219 (inédit).

أ – صدور حكم برفض الطعن لسابقة صدور حكم آخر من محكمة النقض بصدد الحكم الاستئنافي يقر بالرفض ثم تبين أن الحكم الأول كان قد صدر بقبول الطعن بالنقض ، وتفصيل ذلك أن الطعنين انصب أولهما على حكم أصلى من محكمة الاستئناف (صدر في ٥ من مايو /آيار سنة ١٩٨٩) وانصب الثاني على حكم لاحق بذات الحكم (صدر في ٢٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٩)، فنظر الأول وقبل الطعن فيه (في ٧ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٢) في حين رفض الثاني عند نظره (في ٢٠ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٢)، ووقع خطأ مادي حيث بنت المحكمة رفضها للطعن الثاني على عدم قبول الطعن الأول[٦٢٠].

كذلك الحال عند صدور حكم من محكمة النقض في حكم لمحكمة الاستئناف يطرح على محكمة النقض طعناً آخر بالنقض في رد محكمة الاستئناف على طلب استدراك قدم إليها لسهو حال بينها وبين التعرض لبعض الطلبات المقدمة إليها من المستأنف، فقد قضت محكمة النقض بسحب الحكم الأول حتى يتسنى لها النظر في الطعن الجديد المقدم إليها[٦٢١].

ب – عدم التنبه إلى وجود مستند معين (شهادة عن محضر الشرطة المحرر والذي يفيد أن الخطر مؤمن منه)[٦٢٢]. أو عدم إقامة شخص معين في دائرته الانتخابية مما يبرر شطب اسمه من القوائم الانتخابية بها[٦٢٣].

---

(620) Cass. 1re ch. civ. 28 avril 1993. arrêt No. 671. Pourvoi No. 92-21 375 (inédit).

(621) Cass. 2e ch. civ. 23 novembre 1994. arrêt No. 1098. Pourvoi No. 92-20. 857 (inédit).

(622) Cass 2e ch. civ. 12 Mai 1993. arrêt No. 616, Pourvoi No. 92-21. 598 (inédit).

لذا فقد رفضت المحكمة السحب إذ تأكدت بالفعل من عدم تقديم المستند المطلوب:

.(inédit) No. 95-60. 739 Pourvoi Cass. 2e ch. civ. 18 Mai 1995. arrêt No. 1214,

(623) Cass. 2e ch. civ. 5 juillet 1995. arrêt No. 1389. Réquête No. 95-60. 822 (inédit).

ج – عدم قبول الطعن باعتباره موجهاً إلى أحد أسباب حكم الاستئناف في حين أنه كان موجهاً إلى المنطوق(٦٢٤).

د – عدم مراعاة المواعيد الإجرائية المقررة من قبل الطاعن(٦٢٥) أو المحكمة(٦٢٦).

هـ– عدم اتباع إجراء معين يقتضيه القانون – في أحوال محددة – قبل مباشرة الطعن بالنقض، مثل مداولة المجلس البلدي قبل تفويض العمدة في عمل (الطعن بالنقض) ثم يتبين أن الإجراء قد اتبع(٦٢٧).

و – تقديم مستند يفيد وفاة أحد الطاعنين في حكم صادر بنقض حكم استئنافي بتطليق زوجين، حيث تبين للمحكمة وفاة الزوجة طبقاً لشهادة وفاة رسمية قدمها قبل صدور الحكم بالنقض(٦٢٨).

كذلك لم تعترض الدوائر المدنية و التجارية في فرنسا على مبدأ سحب الحكم الصادر منها إذا ما وجدت مصلحة للطالب في ذلك(٦٢٩)، كما لو كان الحكم قد غفل

(624) Cass. 2e ch. civ. 23 février 1994. arrêt No. 298, Pourvoi No. 93-20. 187 (inédit).

(625) Cass. 1re ch. civ. 2 mars 1994. arrêt No. 396, Pourvoi No. 93-21. 137 (inédit).

(626) Cass. 2è ch. civ. 25 mars 1992. arrêt No. 328, Pourvoi No. 91-17. 309 (inédit).

نكلت المحكمة عن تنفيذ حكم القانون من تنبيه الأطراف إلى أنها تبينت من تلقاء نفسها سبباً لنقض المحكمة وهو ما فوت عليهم الرد على هذا السبب خلال الميعاد القانوني.

(627) Cass. 1re ch. civ. 29 novembre 1994a No. 1573. Réquête No. 94-10. 352 (inédit).

(٦٢٨) صدر حكم النقض في ١٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٤ في حين كانت الوفاة قد وقعت في ١٤ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٣: Cass. 2è ch. Civ. 18 décembre 1995. Requête No. 95-11. 062. (inédit).

(629) Cass. com. 27 novembre 1991, arrêt No. 1478. Pourvoi No. 90-21-083, Cass. Com. 6 avril 1993. arrêt No. 652. Pourvoi No. 91-20. 270. (Arréts inédits).

عن بعض ما ورد في مذكرات الطالب(٦٣٠)، أو تبين أن الحكم محل طلب السحب قد أثبت مراعاة إجراء جوهري يتطلبه القانون (إخطار الخصوم) ثم تبين عدم صحة ذلك(٦٣١)، أو كان الحكم قد صدر بعدم قبول الطعن شكلاً ثم تكشف للمحكمة أن الطعن جدير بالقبول من حيث الشكل(٦٣٢).

فضلاً عن ذلك قضت الدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بسحب حكمها في الأحوال الآتية:

(١) إذا أرسلت المذكرة الشارحة لأسباب الطعن بالبريد، ولم تعتد المحكمة بما ورد في خاتم الإرسال من مصلحة البريد، حيث يعتد بالتاريخ الوارد في هذا الخاتم دون تاريخ تسلم المذكرة(٦٣٣).

(٢) إذا وقع خطأ غير منسوب إلى الطالب une erreure non réquérant implutable au: مثل عدم اطلاع المحكمة على شهادة بالتنازل عن الطعن ممن رفعه (une déclaration de désistement)(٦٣٤)، أو كان هذا الرفض قد صدر بناء على تنازل عن الطعن من أحد الطاعنين دون أن يقبل الطاعن الآخر هذا التنازل(٦٣٥)، أو لخطأ من قلم الكتاب تمثل في عدم إرفاق مذكرة الطاعن بأسباب الطعن المقدمة في الميعاد في ملف الطعن

---

(630) Cass. com 8 février 1994. arrêt No. 833, Pourvoi No. 93-19-602 (inédit).

(631) Cass. com. 14 juin 1994 arrêt No. 1845. Pourvoi No. 94-13. 407 (inédit).

(632) Cass. com. 2 novembre 1994. arrêt No. 1953. Pourvoi No. 93-14. 102 (inédit).

(633) Cass. Soc. 9 octobre 1991 arrêt No. 3296. Requête No. 91-40. 421(inédit).

(634) Cass. Soc. 15 octobre 1991. arrêt No. 4011. Pourvoi No. 91-44. 836, Cass Soc. 10 juin 1992. arrêt No. 2505, Pourvoi No. 91-43-630; Cass. Soc. 30 juin 1993, arrêt No. 2503. Pourvoi No. 93-41. 405 Cass. Soc. 20 juin 1995, arrêt No. 3465. Pourvoi No. 95-42-541. (Arréts inédits)

(635) Cass. Soc. 12 décembre 1991. arrêt No. 4513. Requête No. 90-42. 810 (inédit).

المطروح أمام المحكمة(٦٣٦)، أو في إثبات عدم مراعاة الطاعن للمواعيد الإجرائية(٦٣٧)،أو عدم تنبه المحكمة لوجود توكيل خاص لصالح الوكيل الذي قام بإجراء الطعن(٦٣٨)، أو لامتداد ميعاد الطعن إذ صادف يومه الأخير عطلة أسبوعية رسمية(٦٣٩)، أو عدم ردها على أحد أسباب الطعن(٦٤٠)، أو تأكيدها – خلافاً للواقع – تقرير الطاعن بالطعن وتقديم أسباب طعنه في الميعاد(٦٤١)، أو تجاهل الطاعن الميعاد القانوني للطعن(٦٤٢)، أو سهوه عن التعرض لأحد أسباب الطعن بالنقض(٦٤٣)، أو عدم توافر صفة للطاعن(٦٤٤).

(٣) تناقض في حكمين للمحكمة في نفس النزاع على نحو يتعذر معه التوفيق بينهما(٦٤٥).

(٤) تقديم الطاعن لطعنين في الحكم نفسه: الأول قدمه إلى محكمة النقض نفسها مع طلب للمساعدة القضائية، والثاني قدمه إلى قلم كتاب المحكمة

---

(636) Cass. Soc. 27 février 1992. arrêt No. 856. Requête No. 91-44-723; 12 Mars 1992. arrêt No. 1089. Pourvoi No. 91-45-763 (Arréts inédits).

(637) Cass. Soc. 26 Mai 1993. arrêt No. 2141. Pourvoi No. 91-45-153; Cass. Soc.4 juillet 1995, arrêt No. 3074 Requête No. 94-44. 329, 4 juillet 1995. arrêt No. 3075. Requête No. 94-44-652

(Arréts inédits).

(638) Cass. Soc. 12 janvier 1994. arrêt No. 102. Pourvoi No. 92-44. 079, 7 décembre 1995. Pourvoi No. 95-42. 153 (Arrêts inédits).

(639) Cass. Soc. 16 mars 1994 arrêt No. 1271. Pourvoi No. 93-42-396 (inédit).

(640) Cass. Soc. 10 mai 1994. arrêt No. 2890. Pourvoi No. 4-41-950 (inédit).

(641) Cass. Soc. 8 juin 1994. arrêt No. 2697, Pourvoi No. 93-45-665 (inédit).

(642) Cass. Soc. 7 février 1995. arrêt No. 667. R
Requête No. 94-44-377, 8 février 1995. arrêt No. 685, Requête No. 93-43-674; 10 Mai 1995, arrêt No. 2008 Requête No. 93-40-486. (Arrêts inédits).

(643) Cass. Soc. 16 mai 1995. arrêt No. 2087. Pourvoi No. 95-40-998 (inédit).

(644) Cass. Soc. 1 avril 1992. arrêt No. 1927. Pourvoi No. 92-41-039 (inédit).

(645) Cass. Soc. 27 juin 1995. arrêt No. 3576. Requête No. 95-42-729 (inédit).

التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وصدور الحكم في الأول بالرفض[٦٤٦].

(٦٤٦) هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٦١٨ مرافعات فرنسي صراحة، وتقترب منها حالة أخرى متمثلة في صدور حكمي نقض متعارضين في مسألة واحدة، ولا يرى في هذه الحالة سحباً بالمعنى الدقيق:

PERDRIAU, Les rabats d'arrêts .., op. cit, No. 10.

بالمقابل رفضت محكمة النقض السحب في الحالات الآتية:

(١) عدم مراعاة المواعيد الإجرائية ولو كان ذلك بحجة التمسك بوجود اضطرابات عمالية حالت دون الحصول على مستندات الطعن وتقديمها في الميعاد[٦٤٧]، أو الاكتفاء بخطاب من محامى الطاعن أورد فيه وكيله أنه سيرسل المبررات المؤيدة لموقفه في توقيت معين للتنصل من الالتزام بتقديم مذكرة شارحة لأسباب الطعن[٦٤٨].

(٢) عدم إيداع توكيل خاص بالطعن بالنقض مع المذكرة الشارحة لأسباب الطعن ولو أودع التوكيل مع طلب السحب لأن إيداعه على هذا النحو لا يدل بالضرورة على توافره لحظة إيداع المذكرة[٦٤٩]، أو أودع توكيل باسم وكيل آخر مع هذه المذكرة دون تقديم التوكيل الذي قام المحامى الأول برفع الطعن استناداً إليه[٦٥٠].

(٣) خطأ الحكم في اسم رب العمل، حيث رفضت المحكمة طلب السحب المقدم من رب العمل الحقيقي لأنه لم يكن طرفاً في الدعوى[٦٥١].

(٤) انعدام الخطأ المادي من قبل قلم كتاب محكمة النقض في إعداد ملف الطعن المعروض على المحكمة، حيث ثبت للمحكمة أن المذكرة الشارحة لأسباب الطعن لم تودع في الميعاد وأن ما تدعيه الطاعنة من وجود طعنين لها لدى نفس المحكمة خلط قلم الكتاب بينهما عند إعداد

---

(647) Cass. Soc. 29 janvier 1992 arrêt No. 505, Requête No. 91-60-256 Cass. Soc. 15 juin 1995. arrêt No. 2601, Requête No. 94-44-443. (Arréts inédits)

(648) Cass. Soc. 9 octobre 1991. arrêt No. 3296. Requête No. 91-40-421 (inédit). Cass. 2 mars 1993. arrêt No. 794. Pourvoi No. 90-45-799 (inédit).

(649) Cass. Soc. 13 novembre 1991. arrêt No. 3870. Requête No. 91-40-994 (inédit).

(650) Cass. Soc. 26 novembre 1991. arrêt No. 4272. R
Requête No. 91-40-267 (inédit).

(651) Cass. Soc. 8 février 1995. arrêt No. 700 Pourvoi No. 49-44-254 (inédit).

ملف الطعن فوضع المذكرة الشارحة لأسباب الطعن الذي حكم بعدم قبوله في ملف الطعن الآخر، غير صحيح[٦٥٢].

(٥) انعدام الخطأ المادي من قبل قلم كتاب محكمة النقض المتمثل في عدم إعلان (الأطراف) المطعون ضدهم جميعاً بالطعن (طعن في حكم صدر في انتخابات مهنية) حيث ثبت لمحكمة النقض وجود مطعون ضده واحد تم إعلانه طبقاً للقانون[٦٥٣].

(٦) إيداع مذكرة الدفاع من أحد الأشخاص من غير المحامين ودون وكالة خاصة من الطاعن، وتبين للمحكمة وجود طعن آخر تم في نفس التوقيت مصحوباً بمذكرة[٦٥٤].

كذلك تصر محكمة النقض الفرنسية على ألا تسحب أحكامها إلا إذا ثبت في يقينها ارتكابها خطأ مادياً أثر على الحل القانوني الذي تبنته المحكمة.بعبارة أخرى أن المحكمة ترفض السحب كلما ثبت لها أن الخطأ الذي وقع مجرد خطأ مادي (erreur purement matérielle) ، كأن يصدر الحكم مشيراً إلى عدم تقدم الطاعن بمذكرة دفاع في حين أن المذكرة مودعة في الملف ودرسها المستشار المقرر قبل أن تصدر المحكمة حكمها في الطعن كالمعتاد. حيث في هذه الحالة اكتفت المحكمة بتصحيح هذا الخطأ في الحكم الصادر بعدم مثول المدعى عليه (Défaut au defendeur).

وعلاوة على الخطأ المادي يشترط أن يكون الخطأ الصادر إجرائياً بحتاً (de pure procédure) [٦٥٥]، وليس خطأ في القانون[٦٥٦]، فإذا كان الحكم الأول قد أغفل

(652) Cass. Soc. 16 mai 1995. arrêt No. 2055. Requête No. 94-42-806 (inédit).
(653) Cass. Soc. 11 juillet 1995, arrêt No. 3241. Requête No. 95-60. 076 (inédit).
(654) Cass. Soc. 7 décembre 1995, Requête No. 95-43-465 (inédit).
(655) Cass. Soc. 7 décembre 1995, Requête No. 95-43-465 (inédit).
(656) Cass. 2e ch. civ. 14 juin 1963. Bull. civ. 11. No. 455.

الرد على أسباب عدم القبول التي أثارها المطعون ضده فلا محل للسحب(٦٥٧)، وإن كان هناك مجال للتصحيح – في رأي الفقه – استناداً إلى ما يجيزه المشرع من حق محكمة النقض في التعرض لما لم تتعرض له (non petita) أو ما تعرضت له بالتجاوز لطلبات الأطراف (ultra petita) حيث يرى الفقه في السماح بالتصحيح في هذه الأحوال احتراماً لرغبة المشرع الرامية إلى تيسير وتعميم التصحيح باعتباره في نهاية الأمر يرد على خطأ مادي (erreur matérielle). وجدير بالذكر أن المشرع في فرنسا يجيز هذا الإجراء اعتباراً من عام ١٩٧٢ وإن كانت التقاليد تجرى على استبعاد الأخذ به في شأن أحكام النقض(٦٥٨).

ويشترط دائماً، فضلاً عن توافر المصلحة لدى الطالب(٦٥٩)، ألا يرجع السبب إلى الطالب أو يكون ناتجاً عن غفلته (son incurie) أو إهماله (sa négligence)(٦٦٠).

وجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية بدوائرها مجتمعة قد انتهت إلى الأخذ بجزاء البطلان إذا ما تضمن الحكم الطعين إخلالاً بحق المواطن في تعيين محام له حيث رفضت نقابة المحامين أن تعين محامياً لأحد الأفراد(٦٦١). وفي المقابل أستقر الفقه(٦٦٢) على أن فقدان الحكم أحد مقوماته الأساسية يفتح السبيل إلى رفع دعوى البطلان ضد أي حكم بما في ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض ، وهي دعوى بلا مواعيد باعتبارها دعوى أصلية يقصد بها تخليص الحكم من عوار هبط به إلى حومة البطلان .

---

(٦٥٧) أي ليس غلطاً ذهنياً une erreur intellectuelle يمس التحليل والمنطق القانوني:
PERDRIAU, Les rabats …, op. cit, No. 9.

(658) Cass. civ. 3 mai 1967. Bull. civ. 11. No. 164.
كذلك رفضت المحكمة السحب لتعلق الطلب بتفسير خاطئ من المحكمة لسبب الطعن:
Cass. Com. 2 juillet 1991. Pourvoi No. 91 (inédit).
(659) Boré, op .cit No. 3440 p. 1017.
(660) Cass. civ. 2e, Requête en rabat d'arrêt, 21 nov. 1990 . J.C.P. 1991. IV. 24
(661) Cass. Assemblée Plénière, 30 juin 1995. arrêt No. 388. Requête No. 94-20-302 (inédit).
(٦٦٢) والي ، المرجع السابق رقم ٣٨٩ .

الفرع الرابع

رأينا الخاص

بداية نؤكد أن الاعتداد بحجية الأحكام(٦٦٣) الصادرة من محكمة النقض مرهون بقيد مهم وهو أن تكون المحكمة قد أدلت برأيها في المسألة القانونية " عن قصد وبصيرة"(٦٦٤)، مفاد ذلك أن ثبوت غيبة القصد أو حجب البصيرة يبرر المساس بهذه الحجية. ولعل ما يؤيد ذلك هو اطراد قضاء النقض على إهدار حجية الأحكام بالتظلم منها بطرق الطعن المناسبة حال تجرد الحكم من أركانه الأساسية(٦٦٥).

وبديهي أن عيب " الغلط " في القانون المدني يوصم التصرف القانوني بالبطلان ويجرده – كقاعدة عامة – من آثاره القانونية ، وهو ما يقتضي من باب أولى أن يكون الحكم الصادر بناء على " غلط " مجرداً من كل أثر قانوني . وليس فيما نقول إلا الحرص على تحقيق الاتساق المأمول فليس القاضي في مركز أفضل من المتعاقد ، بل هو شأنه شأن المتعاقد ، فيترتب الأثر نفسه في الحالتين.

وإذا كان السحب " إجراءً " يستهدف رد الأمور إلى نصابها بعد أن يثبت في يقين المحكمة أن الحكم الصادر منها قد انطوى على "خطأ" يستدعى التدارك لرجوعه إلى سبب لا يتحمل وزره الطاعن على التفصيل المتقدم، فإننا لا نرى سبباً

---

(٦٦٣) قضي بأن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات النظام العام، ومن ثم تلتزم المحكمة بالحكم النهائي الصادر باختصاصها ولو خالف حجية حكم سابق لها في هذا الشأن، أو بني على قاعدة تعلو على اعتبارات النظام العام: المحكمة العليا للقيم، ٢٨ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٨، إشكال قيد بجدول المحكمة العليا للقيم برقم ١٢٥/١٦ق قيم عليا

(٦٦٤) نقض مدني ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س٤٥، رقم ٢١، ص٩٦.

(٦٦٥) مثال ذلك ألا تعلن صحيفة افتتاح الدعوى أو تعلن للخصم بطريق الغش في موطن آخر غير الموطن الواجب إعلانه بها. وفي هذه الحالة يكون الحكم الصادر منعدماً ولا تكون له قوة الأمر المقضي ولا يلزم الطعن فيه أو رفع دعوى أصلية ببطلانه بل يكفي إنكاره والتمسك بعدم وجوده: نقض مدني، الحكم المشار إليه في الهامش السابق.

واحداً يبرر التفرقة في المعاملة من قبل محكمة النقض المصرية بين المواد الجنائية والمواد المدنية والتجارية، لا سيما أن محكمة النقض الفرنسية لم تتردد أي دائرة من دوائرها في سحب أحكامها أياً كانت المادة الصادر فيها جنائية أكانت أم مدنية(٦٦٦)، وإن كان ذلك يتم في أضيق الحدود وعادة لا ينشر الحكم في مصر أو في فرنسا – خصوصا – إذا ما كان طلب السحب مقبولاً – في مجموعة المكتب الفني (٦٦٧).

ونرى في ضوء ما تقدم أن توحد محكمة النقض موقفها من المشكلة فتوصى بتعديل قانونها في المسائل الجنائية وتعدل عن قضائها في المسائل المدنية ليكون الرأى في الحالتين عند رفع طعن ثان في حكم ممن سبق له الطعن فيه من الخصوم، هو كما يلي:

أولاً : حظر الطعن – كقاعدة عامة – في الأحكام الصادرة من محكمة النقض إلا بدعوى البطلان عند اجتماع شروطها. ومن المعروف أن دعوى البطلان الأصلية ترفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أياً كانت، ولو كانت محكمة النقض، سواء في صورة دفع أو طلب عارض، كما قد ترفع بدعوى أصلية .

ثانياً : قبول الطعن في الأحكام الصادر بشأنها أحكام برفض الطعن فيها من محكمة النقض مادامت أسباب الطعن الثاني جديدة ولم يسبق إثارتها في الطعن الأول وكان ميعاد الطعن مازال مفتوحاً ولو كان قد سبق الفصل في موضوع الطعن الأول، حيث لا يجب أن يحول التمسك بكون الحكم قد أصبح باتاً دون المحكمة وسحب حكمها الأول تأكيداً على قواعد العدالة وإعلاءً لشأنها كمحكمة عليا.

---

(٦٦٦)يؤكد العميد الفخري لمحكمة النقض الفرنسية على هذه الحقيقة بعبارة: ".. toutes les chambres le font .."

PERDRIAU, Les rabats d'arrêt…, op. cit, No. 59.

(667) PERDRIAU, Les rabats d'arrêt…, op. cit, No. 2.

مفاد ذلك عدم قبول أن تستتر المحكمة خلف قاعدة احترام الحكم البات لترفض نظر طعن رفع إليها في الميعاد استناداً إلى سبب لم يسبق لها الإدلاء برأيها فيه لا سيما وأن تبعة الرفض الأول لا يتحمل وزرها إلا قلم كتاب المحكمة الذي لم يضم الطعن الجديد المرفوع في الميعاد إلى الطعن الأول. يقتضي ذلك القول بأن سحب الحكم الصادر في الطعن الأول يعد التزاماً يقع على كاهل المحكمة حتى لا يتحمل الطاعن تبعة خطأ إداري من المحكمة أو أي من موظفيها.

وجدير بالذكر أن السحب يمكن أن يتم من تلقاء نفس المحكمة أو بناءً على طلب أحد الخصوم أو بناءً على طلب النائب العام بدون تقيد بأي مواعيد إجرائية لأن ما صدر من المحكمة " لم يكتسب حجية الأمر المقضي فيه "(٦٦٨).

على أية حال، فإذا كان التمسك بحرفية النصوص الحالية للقرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض في المواد الجنائية لم يحل دون المحكمة وسحب الحكم إذا توافر خطأ مادي يبرر ذلك فإنه لا يوجد ثمة ما يحول دون المحكمة وتصحيح خطأ مادي لا يتحمل وزره إلا قلم الكتاب بالمحكمة الذي قبل الطعن الجديد المقدم في الميعاد وأغفل ضمه، إهمالاً أو عمداً، إلى الطعن الأول. وليس في اشتراط الدائرة المدنية لقبول نظر الطعن الثاني ألا يكون قد سبق الفصل في الطعن الأول إلا تقييداً منها بإرادتها لسلطانها قد يقال عنه أنه يهدر اعتبارات العدالة وإهداره للمكانة العالية التي تتمتع بها محكمة النقض في الوجدان القانوني الذي يطمئن إلى دفاع النقض عن أحكامها بالقول بـــ "عدم إمكان تصور الطعن بسائر طرق الطعن –عادية أو غير عادية – في هذه الأحكام(٦٦٩)، وأن الأخطاء غير المادية – أي التي لا تتعلق بخطأ كتابي أو حسابي بحت – لا يجوز الرجوع فيها إلى ذات المحكمة حيث لم يأذن به الشارع أو ينظمه

(668) Vincent et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, 24 ème Edition 1996, Dalloz 1996 No 1559 P. 94 2.

(٦٦٩) نقض مدني ٤ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني س١٦، رقم ١٥٤، ص٩٧٣ و ٣٠ من يونيو/حزيران سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني س٢١، رقم ١٧٥، ص١٠٩٢.

القانون، ويتأذى في مكمنه من ترديد محكمة النقض أن أحكامها باتة قاطعة لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه، وهى واجبة الاحترام فيما خلصت إليه أخطأت أم أصابت ؟[٦٧٠]، ومن ثم يحظر على محكمة الموضوع – بوصفها محكمة إحالة – التعرض لقضاء محكمة النقض وتعتبر مجرد تعرض محكمة الموضوع لدفاع مبناه تعييب حكم محكمة النقض "خطأ من محكمة الموضوع"[٦٧١]، ومساساً بحجية الشيء المحكوم فيه[٦٧٢].

وإذا كانت الدائرة الجنائية قد تحايلت – تحايلاً مشروعاً يؤيده المنطق والضمير المهني " الحي " – على قاعدة احترام الحكم البات بحجة احترام الأرواح والحريات، فإن الدائرة المدنية لا يجب أن تكون أقل حماساً منها في هذا الصدد، لا سيما وأن هلاك الأموال – وهى تعد من زينة الحياة الدنيا – قد يترتب عليه الموت أو يلحق بالضحية آثاراً أشد وطأة من الموت وتقييد الحرية ليس أخفها ضرراً إشهار الإعسار أو الإفلاس أو تصفية لأعمال أو انهيار السمعة المالية والائتمانية أو ضياع فرصة في الاستثمار في مجال الأعمال.

ولعل القارئ الفطن يتنبه إلى أن ذهاب محكمة النقض إلى أن حكمها هو أقوى من الحقيقة نفسها " فيه مبالغة يستبعد أن يأخذ بها القضاء ، فإذا كان الحكم عنواناً للحقيقة، فهذا مفهوم، ولكن القول بأنه أقوى من الحقيقة فيه مبالغة وتهويل لا محل لها في أحكام المحاكم العليا.
صفوة القول، أنه ليس فيما نقول به ما ينال من هيبة المحاكم العليا وبوجه خاص محكمة النقض، لأن الحق أحق أن يتبع وأن المنطق ليس وحده هو الذي يبرر السحب بل أيضاً العدالة تبرر السحب، فلا منطق أو عدل أو عدالة في حرمان

(٦٧٠) نقض مدني ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س٢٨، رقم ٧١ ص٣٥٩.
(٦٧١) نقض مدني ٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني، س١٦، رقم ١٨٧، ص١١٩٥.
(٦٧٢) نقض مدني ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س٤٥، رقم ٢١، ص٩٦ (سابق الإشارة إليه).

شخص من حقه لذنب لم يقترفه وخطأ لم ينسب إليه بل كان استيلاء النقص على جملة البشر، ومن بينهم قضاة المحاكم العليا بطبيعة الحال ، هو السبب الوحيد لما وقع وهذا الذي انتهينا إليه أقربه قضاة الدوائر الجنائية بمحكمة النقض ، وهو ما يؤيد مطلبنا في أن يلحق بهم قضاة الدوائر المدنية والتجارية بالمحكمة نفسها ، وأن لا ترى المحكمة الإدارية العليا غضاضة لديها في أن تسلك المسلك نفسه تقديراً للأمانة التي حملها خالق السموات والأرض لعباده لدى استخلافهم في الأرض ، وهي أمانة ستهتز بيقين من ازدواجية المعايير داخل المحكمة نفسها ومن تجاهل الحقائق من محكمة أخرى ، ولتكن هيبة القضاء وكرامته دائماً في الإقرار بالحق والنزول على حكمه باعتبار أن " الحق " هو اسم من أسماء الله الحسنى للخالق الذي يأبى أن لا يكون القاضي ظله على الأرض قولاً وفعلاً.

الفصل السادس
الإقرار والاستجواب

نتعرض في هذا المقام لموضوعين اثنين وهما الإقـرار (المبحـث الأول) والاستجواب (المبحث الثاني) على التفصيل التالي:

المبحث الأول
الإقرار

الأصل أن الإقرار، الصريح أو الضمني، حجة قاصرة على المقر وحـده ولا يؤخذ بها غيره[٦٧٣]، وتتفاوت حجيته حسبما إذا كان إقرار قضـائي أو غيـر قضائي على التفصيل التالي:

أولاً: الإقرار القضائي:

تعريف: "هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليـه وذلك في أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة" (مادة ١٠٣ إثبات) فلا يعـد إقراراً قضائياً ما يصدر أمام النيابة العامة أو أمام جهة إدارية أو في خطاب يتبادل بين خصمين أو حتى أمام محكمة أخرى بخلاف تلك التي تنظر النزاع.[٦٧٤]

ويتطلب في الإقرار أهلية التصرف بالإرادة المنفردة، ومن ثم فـلا يعـد إقراراً ما يصدر من عديم الأهلية أو ناقصها.

---

(٦٦٨) نقض مدني ٧ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم١٣٧ ص٧٠٠.

(٦٦٩) تناغو رقم ٥٥ ص ١٢٢.

مدى الحجية: " .. حجية قاطعة على المقر، ولا يتجزأ.. على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حقاً وجود الوقائع الأخرى" (مادة ١٠٤ إثبات)، مفاد ذلك ما يلي:

– أن الإقرار القضائي حجية على المقر بما ورد فيه، فيحل الخصم من إثبات ما أقر به بناء على أنه ليس للمقر الرجوع في إقراره.

– أن الإقرار القضائي قد يكون بسيطاً أي غير موصوف أو مقيد بقيد، وهذا الإقرار حجية سهلة ميسورة فإذا كان الإقرار مركباً أي موصوفاً مثل "أقر بأنني تسلمت منك ألف جنيه.. لأردها بعد سنة كاملة (أجل واقف) أو ... لأردها عند نجاحي في امتحان الليسانس (شرط واقف)، فلا يجوز تجزئته، فيأخذ من الخصم ما شاء إلا في حالة واحدة وهي أن يكون الإقرار المركب لا ترتبط وقائعه ارتباطاً لا يقبل التجزئة. مثال ذلك أن يقر المقر بقيام علاقة المديونية عن واقعة شراء هوائي استقبال للبث الفضائي، ويقر أيضاً بأنه خص مدين له بثمن "توصيلة غير شرعية" لهذا الهوائي بجهاز استقبال بث مشفر، فلا تخص التجزئة باعتبار أن الدين الثاني "مستقل" عن الدين الأول، فلا يتأكد وجوده إلا بحكم قضائي به.

ثانياً: الإقرار غير القضائي:

تعريف: ".. هو اعتراف الخصم، في غير مجلس القضاء الذي ينظر المنازعة، بواقعة محددة". تطبيقاً لذلك قضى بأن الإقرار الوارد بأحد الشكاوى الإدارية يعد إقرار غير قضائي ويخضع لتقدير القاضي ولا يشترط في الإقرار غير القضائي أن يكون صادراً للمقر له بل يجوز استخلاصه من أي دليل أو ورقة من مستندات الدعوى(٦٧٥).

---

(٦٧٠) نقض مدني ٢٤ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم٢٥٧ ص١٣١٥.

مدى الحجية: يستمد الإقرار غير القضائي حجيته من قناعة القاضي بـه، ولا شك أن هذه القناعة ستتوافر إذا كان الإقرار قد صدر بقصد الإقرار، وليس عفواً ودون قصد(٦٧٦)، أي بغرض حسم النزاع. فإذا لم يكن كذلك فحجيته تتردد بين مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة قضائية أو "عدم"، حسبما يرى القاضي مناسباً تطبيقاً لذلك قضى بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الإقرار غير القضائي المثبت في ورقة عرفية موقع عليها من المقر حجة عليه وعلى خلفه العام لا يحق لأي منهما التنصل منه بأوراقه المنفردة إلا لمبرر قانوني(٦٧٧).

وبديهي أن الإقرار أمام مجلس قضاء غير مجلس القضاء المعني بالنزاع، قد يطمئن إليه القاضي ويأخذ به ما اطمئن إليه على التفصيل المتقدم.

المبحث الثاني
استجواب الخصوم

نعرض فيما يلي:

١ – ماهية الاستجواب:

أحد طرق تحقيق الدعوى من أي محكمة، على اختلاف درجاتها، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، ويكون بطلب يقدم قبل قفل باب المرافعة ويوجد من خصم إلى خصمه، أو من تلقاء نفس المحكمة، بهدف استجلاء وقائع بعينها تبعية الحصول على إقرار قضائي بها. وبديهي أن الإقرار يجوز في كل الوقائع القانونية، ومن ثم فلا يشترط القانون له نصاباً معيناً، مع ذلك فلا يجوز الاستجواب فيما يتعلق بالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو التي يمنع القانون إقامة الدليل

---

(٦٧١) تناغو رقم ٢٦ ص ١٢٣.

(٦٧٢) نقض مدني ٦ من فبراير/ شباط سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، س٤٨ رقم٤٩ ص٢٥٧.

عليها، فإذا لم يكن المستجوب خصماً في الدعوى، فليس للمحكمة استجوابه إلا باعتباره شاهداً، فتحلفه اليمين بعد صدور حكم منها بإحالة الدعوى إلى التحقيق[٦٧٨].

(٦٧٣) نقض مدني ٢ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني، س ١٦ رقم١٨٥ ص ١١٨٤.

٢- كيفية الاستجواب: طريقتان:

يتم الاستجواب دائماً من المحكمة إما بناء على طلب من أحد الخصوم وإما من تلقاء نفس المحكمة. فإذا كان الخصم ليس حاضراً، فتحدد له المحكمة أجلاً ليحضر أمامه، لتقوم باستجوابه بهيئتها كاملة أو بعد ندب أحد قضاتها لذلك.تطبيقاً لذلك قضى بأن " .. التحقيق يحصل أمام المحكمة ذاتها أو بمعرفة قاضي ينـدب بذلك ويحلف الشاهد اليمين إلى غير ذلك من الضمانات المختلفة التي تكفل حسن سير التحقيق توصلاً إلى الحقيقة. إما ما يجري سماعه من شهود بمحضر الشرطة، والتحقيقات الإدارية أما الخبير فلا يعد تحقيق بالمعنى المقصود إذ هو مجرد إجراء ليس الغرض منه إلا أن يستهدى به كقرينة تعزز أدلة أو قرائن أخرى "[٦٧٩]

ويصوغ رئيس المحكمة أو القاضي المكلف بالاستجواب، الأسئلة بعد أن يتأكد من أنها منتجة ومتعلقة بموضوع النزاع، وله أن يرفض الاستجواب في كل أو بعض هذه الأسئلة على أن يكون رفضه مسبباً.

ويثبت في محضر الجلسة، ما وجه من أسئلة وما أدل به المستجوب من إجابات أو ثبت امتناعه عن الرد مشفوعاً بما يراه من أسباب لذلك، ويكون الإدلاء بالأجوبة من المستجوب بنفسه وبدون الاستعانة بأوراق.

٣- عدم حضور الاستجواب:

وليس بشرط حضور الخصم الآخر عملية الاستجواب، حيث قد ترى المحكمة استجوابه في غيبة خصمه أو رغم غيبته إن لم يكن قد حيل بينه وبين الحضور بقرار من المحكمة. ونفرق بين فرضين إن كان حضور الخصم جائزاً، حيث قد يكون الغياب بعذر أو بدون عذر.

الفرض الأول: تخلف الغياب بعذر، للمحكمة ندب أحد قضاتها لاستجواب الخصم إن رأت لذلك الغياب ما يبرره، كعجز جسماني دائم أو مؤقت.

---

(٦٧٤) نقض مدني ٦ من فبراير/ شباط سنة ١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، س ٤٨ رقم٤٩ ص٢٥٧.

كما تجوز الإنابة القضـــائية (Rogation Judiciaire)، مــن المحكمــة المختصة لمحكمة أخرى، لو كانت في بلد أجنبي، وذلك كله فـــي حــدود أحكـــام القانون.

الفرض الثاني: تخلف بغير عذر أو امتناع الإجابة بغيـــر عــذر، يجــوز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود وفيما كان يتعين إثباته بالكتابة.

٤- أهلية المستجوب:

يتعين أن يكون للمستجوب أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، حيــث غاية الاستجواب هو الظفر بإقرار قضائي، ومن ثم يجب أن يتمتع المستجوب بهذه الأهلية. فإذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها، فيستجوب نائبه القانوني، بل قــد يناقش المستجوب ولو كان غير مميز في الحدود التي منحه إياها القـــانون أهليـــة الاستجواب، وإلا كانت غاية الاستجواب هي "تنوير المحكمة" فحســـب، حيــث لا يتصور أن يؤخذ من هذه المناقشة إقراراً.

فإذا كان المستجوب شخصاً اعتبارياً، وجه الاستجواب للممثـــل القـــانوني للشركة في حدود ما له من سلطات وبما لا يجاوز الأعمال التي يضطلع بها.

الفصل السابع
اليمين

نتعرض في هذا المقام لماهية اليمين (أولاً)، وأنواع اليمين (ثانياً) ومالهـا من حجية (ثالثاً) على النحو التالي.

أولاً: ماهية اليمين:

إشهاد الله تعالى من الحالف على صحة ما يدعيه أو على عدم صـحة مـا يدعيه خصمه، وهي تقترن بعبارة "والله العظيم أشهد بأن ..."، فهي احتكـام إلـى "ورع" الحالف، في واقعة مادية أو تصرف قانوني، بغض النظر عن قيمة الحـق المدعى به، ولو كان الغرض منها إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها.[٦٨٠]

ولا مانع من أن يكون الحلف أو رد اليمين إلى الخصم أو النكـول عنهـا بالإشارة المتداولة المألوفة لمن هو من أصحاب العاهات كالصمم أو البكم.[٦٨١]

ثانياً: أنواع اليمين:

أ- اليمين القضائية واليمين غير القضائية، فهي قضائية إن حلفت في مجلس القضاء، وغير قضائية إن حلفت خارجه.

ب- اليمين القضائية الحاسمة واليمين القضائية المتممة:

(١) اليمين القضائية الحاسمة:

(أ) التعريف، وهي يمين يوجهها خصم، ومن يمثله قانونياً في حدود سلطاته سواء أكان وصياً أو قيماً أو غير ذلك إلى خصمه مرتضياً بذلك الاحتكام إلى "ورعـه"، فيحسم بذلك نزاعاً ليس بيمين الدليل على صحة ما يدعيه فيه، ولا يلجأ إلى اليمين

---

(٦٧٥) محمد حسين منصور ص ٢٣١.

(٦٧٦) محمد حسين منصور ص ٢٣٨.

الحاسمة إلا لمواجهة فرض يعجز فيه من يوجهها عن توفير دليل ليحسم به النزاع لصالحه. فيحسم انتزاع إذا حلفها من وجهت إليه، أو إذا رد الأخير إليه فحلفها من وجهها، وهي بذلك تقبل الرد مرة واحدة فحسب شريطة أن تكون "الواقعة مشتركة بين الخصمين.

(١) الأهلية، يتعين تمتع الحالف بأهلية التصرف، وكذلك الموجهة إليه، فكلاهما لابد أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف، وهذه الأهلية متطلبة في الحلف والرد و النكول.

(٢) إجراءات اليمين: إذا تمسك الخصم بتوجيه اليمين الحاسمة، ورأت المحكمة توافر شروطها – كما سنرى لاحقاً– واعتمدت الصيغة التي اقترحها الخصم لليمين أو عدّلت فيها لتكون محددة بالقدر الكافي، فيحلف أو ينكل أو يردها فوراً إن كان حاضراً أو يعلن قضائياً [٦٨٢] للمثول بنفسه إن لم يكن حاضراً ليتخذ موقفاً من هذه المواقف الثلاثة: الحلف أو النكول أو الرد. وللمحكمة تقدير ظروف المعلن إليه للحلف، فترتضي عدم حضوره لعذر مانع أو تندب أحد قضاتها لتحليفه أو تنتقل المحكمة إليه، أو تحدد له موعداً آخر للمثول بين يديها لأسباب سائغة تراها[٦٨٣] ولا يوجد ما يمنع المحكمة إن هي رأت توجيه اليمين إلى الخصم الحاضر إلى جلسة لاحقة تحددها له في المواجهة.

فإذا حضر ولم يرد اليمين أو حضر ونازع في الحلف، فيعد والناكل عن الحلف سواء، وتقضي المحكمة في النزاع لصالح خصمه.

---

(٦٧٧) ولا يعتد بعلم الخصم من طريق آخر خلاف الإعلان: نقض مدني ٢٢ مارس/ آذار.سنة ١٩٨٤ طعن رقم ١٣٧٠ س٥ ق.

(٦٧٨) نقض ٩ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨٤، طعن رقم ١٦٨١ س ٤٩ ق.

وفي كل الأحوال يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب (المواد ١٢٢: ١٣٠ إثبات).

(٣) المحل، وهو واقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه، فيحلف بالله العظيم أنه لم يتسلم المبلغ المراد تسلمه له، فإذا تعلقت بشخص غيره فهي يمين العلم الحاسمة، ومثال هذه اليمين الأخيرة يمين الوارث بأنه لا يعلم بأن مورثه كان مديناً للمدعي، فهو لا ينفي الواقعة المدعى بها ولكن ينصب حلفه على العلم بهذه الواقعة.

ويميز اليمين الحاسمة بأنها تنصب على كل الحق المدعى به، فلا يجوز أن يحتفظ الخصم بطلبات أخرى يقدمها إذا حلف خصمه[٦٨٤]، حيث لا يجوز بعدها "الاحتكام إلى أدلة أخرى سواها".[٦٨٥]

(٤) التوقيت، " للخصم طلب توجيهها في أية حالة كانت عليها الدعوى.."[٦٨٦]، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[٦٨٧]، إلا أن توجيهها لأول مرة أمام محكمة النقض غير جائز.

(٥) العدول، ليس لمن وجه اليمين الحاسمة العدول عنها بعد توجيهها، حيث يتقيد بها من وجهها متى كان من وجهت إليه قد ارتضى الحلف، مفاد ذلك "أحقية من وجه اليمين أوردها في أن يعدل عن ذلك ما دام خصمه لم يُعلن أنه قَبل أن يحلف وإلا سقط حقه في الرجوع".[٦٨٨]

تقيد القاضي بها، "على القاضي إجابته (أي الخصم طالب توجيهها) لطلبه بشرط أن تكون متعلقة بالدعوى، ومنتجه فيها ويتوقف عليها مصير الدعوى قبولاً

---

(٦٧٩) تناغو رقم ٢٧ ص ١٢٤.

(٦٨٠) نقض ٢١ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٨٤ طعن رقم ١٤٤٥ س ٥٠ ق.

(٦٨١) نقض مدني ٨ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٤، طعن رقم ٢٩٣٨ س ٦٤ ق.

(٦٨٢) نقض مدني ٢١ من مايو/ آيار سنة ١٩٨٥ طعن رقم ١٨٤٥ س ٢١ ق.

(٦٨٣) نقض مدني ٢ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٥، طعن رقم ٨٦٠ س ٦١ ق.

أو رفضاً[٦٨٩] وغير مخالفة للنظام العام. فإذا فقدت شرطاً من هذه الشروط الثلاثة أو كان توجيهها تعسفياً من الخصم فلا يلتزم القاضي بإجابة الطلب. كذلك الحال إذا لم تكن لمن وجهها صفة كأن يكون وكيلاً عاماً. وليس خاصاً أو زالت صفته.[٦٩٠] على العكس فلا مانع من تحليف الممثل القانوني للشخص المعنوي عن عمل لم يصدر منه شخصياً.[٦٩١] وفي كل الأحوال يجب أن يكون رفض توجيه اليمين الحاسمة مسبباً[٦٩٢]. تطبيقاً لذلك قضي النعي على حكم قضائي برفض توجيهه اليمين الحاسمة لتعسف من وجهها باعتبار أن المحكمة وجدت في إصرار الطاعنة على توجيه اليمين الحاسمة للمطعون عليه رغم علمها بإقامته في كندا وتعذر حضوره لحلف اليمين تعسفاً منها في توجيهها.[٦٩٣]

الطعن في حكم مبني على يمين قضائية حاسمة، لا يجوز الطعن في حكم مبني على يمين قضائية حاسمة إلا في حالة وحيدة ــ يشترط عدم تجاوز مواعيد الطعن المحددة قانوناً ــ وهي صدور حكم جنائي بثبوت كذب اليمين. فإذا صدر هذا الحكم كان للخصم الطعن فيه، فضلاً عن المطالبة بتعويض عما لحقه من ضرر من جراء هذا اليمين الكاذب.

وليس الأمر كذلك إن كان الطعن مبنياً على بطلان في الإجراءات الخاصة بتوجيه اليمين أو حلفها[٦٩٤]، فإذا كان توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقاً للقانون فلا وجه للطعن.[٦٩٥]

---

(٦٨٤) نقض مدني ٢٠ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٩٣، طعن رقم ٥٢ س ٦٠ ق.

(٦٨٥) نقض مدني ٨ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٤، طعن رقم ٢٩٣٨ س ٦٤ ق، وكذلك نقض مدني ٧ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٦٧، مجموعة المكتب الفني، س١٨ رقم٢٨٠ ص١٨٥١ و ٢٢ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٩٢، (طعن رقم ٢٢٨٩ س ٥٤ ق).

(٦٨٦) نقض مدني ٧ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٦٧، مجموعة المكتب الفني س ١٨ رقم ٢٨٠ ص١٨٥١.

(٦٨٧) محمد حسين منصور ص ٢٢٧.

(٦٨٨) نقض مدني ٦ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٤، طعن رقم ٤٨١ س ٥١ ق.

(٦٨٩) نقض مدني ٢١ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٨٤ طعن رقم ١٤٣٥ س ٥٠ ق.

(ب) **الحجية**، تقتصر الحجية على من وجهها ومن وجهت إليه ولـــم تتعـــد هـــذه الحجية القاصرة أثرها إلى غيرهما من الخصوم (٦٩٦)، "وكل ما للغيـــر هـــو ألا يحاج بأثر هذه اليمين"[٦٩٧]، فإذا شاب اليمين الموجه إلى أحد الخصوم بطلان فـــلا يمتد أثر هذا البطلان إلى غيره ممن وجهت إليه اليمين الموجهة صحيحة.[٦٩٨]

توجيه اليمين القضائية الحاسمة كطلب احتياطي، يحدث في العمل أن يلجأ الدفاع إلى جعل توجيه هذه اليمين "الحاسمة" طلباً احتياطياً إن رأت المحكمة عـــدم الاكتفاء بما في الملف من أدلة لصالح موكله؟

ذهبت محكمة النقض في أحد أحكامها إلى أن ".. طبيعة هذه اليمين تـــؤدي إلى نقل النزاع من دائرة الأدلة التي يخضع لتقديرها القاضي وأحكام القانون إلـــى دائرة الاحتكام إلى ذمة الخصوم، مؤدى ذلك خطأ القول بإجازة المشـــرع توجيـــه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط حيث يتعارض ذلك مع نصوص قانون الإثبات ويخل بالعدالة والمبادئ الأساسية للتقاضي".[٦٩٩]

وذهبت نفس المحكمة في حكم آخر إلى أن ".. اليمـــين الحاســـمة يجـــوز توجيهها على سبيل الاحتياط وقبل أي دفاع أو بعده أثناء نظـــر الـــدعوى وحتـــى صدور حكم نهائي فيها."[٧٠٠]

---

(٦٩٠) نقض مدني ٦ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٤ طعن رقم ٤٨١ س ٥١ ق و ٢٢ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٩٢ طعن رقم ٢٢٨٩ س ٥٤ ق.

(٦٩١) ٨ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨٣ طعن رقم ٩٠٤ ص ٤٩ ق.

(٦٩٢) نقض ١٢ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني س١٣ رقم٦٨ ص٤٥٥.

(٦٩٣) نقض ١٢ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني س ١٣ رقم٦٨ ص٤٥٥.

(٦٩٤) نقض مدني ١٤من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٤ طعن رقم ٣٠٦٧ س٥٩ مشار إليـــه لـــدى محمد حسين منصور ص ٢٣٠.

(٦٩٥) نقض مدني ٨ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س٤٥ رقـــم ٢٩٥ ص١٥٧٩.

ونحن مع الحكم الثاني فيما انتهى إليه من نتيجة قوامها المنطق.(٧٠١)

(٢) اليمين القضائية المتممة:

(أ) التعريف، وهي يمين يوجهها القاضي إلى أحد المختصمين، ليتمم بها قناعته بأن الحق له في النزاع المطروح، فيخرج بذلك عن دوره الحيادي في الخصومة ويلعب دوراً إيجابياً فيها(٧٠٢)، وهما من قبل الرخص القانونية.(٧٠٣) ".. تستعملها إن شاءت بلا إلزام عليها في ذلك ولو تحققت شروط الحق في توجيهها"(٧٠٤).

وهذه اليمين لا تقبل الرد، لأن من يوجهها هو القاضي وليس المتقاضي لخصمه.

* ومن صور اليمين القضائية المتممة "يمين التقويم"، وتكون لتحديد قيمة مال معين يستحيل تحديده بوسيلة أخرى، شريطة أن يحدد القاضي للحالف، بداية، حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه، ومن صور اليمين المتممة "يمين الاستيثاق" التي قد يوجهها القاضي إلى وارث ليحلف على علمه بوجود الدين أو علمه بحصول الوفاء (٣٧٨/ ٢ مدني).

فإذا حلف هذه اليمين بعدم العلم زالت عن الورقة مؤقتاً قوتها في الإثبات، وكان على المتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها(٧٠٥). وقد قصد المشرع تخفيف

---

(٦٩٦) محمد حسين منصور ص ٢٣٠.

(٦٩٧) تناغو رقم ٢٨ ص ١٢٦.

(٦٩٨) تناغو رقم ٥٨ ص ١٢٦.

(٦٩٩) نقض مدني ١٥ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٧٧ مجموعة المكتب الفني س٢٨ رقم٢٨٨ ص١٦٧٣.

(٧٠٠) نقض مدني ٩ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني، س ٢٧ رقم٢٩٠ ص١٥٤٠.

أحكام الدفع بالجهالة كإحدى صور الدفع بالإنكار على الوارث لأن كل ما يستطيع أن يؤكده هو عدم علمه بصحة التوقيع، ولا يطلب منه أكثر من ذلك(٧٠٦).

وإذا خلصت المحكمة إلى صحة العقد كان له حجية المحرر العرفي في الإثبات قبل من وقعه وخلفه من بعده ما لم تهدر هذه الحجية لسبب آخر، استنادا إلى التفرقة بين التصرف في حد ذاته وبين الدليل المعد لإثباته. ذلك أن الدفع بالجهالة ينصب على التوقيع الذي يرد على المحرر ولا شأن له بالتصرف المثبت به(٧٠٧).

تطبيقاً لذلك قضي بنقض الحكم بدلاً من أن يقتصر على التحقيق على إثبات ونفي الواقعة المتعلقة بالتوقيع، شمل منطوقه إثبات ونفي موضوع الالتزام في ذاته وهو استئجار المورث شقة النزاع خالية وسمعت البينة في شأنه فخالفت ذلك القانون إذ أهملت الفصل في أمر حصول التوقيع وتخلت بالتالي عن أن تقول كلمتها في شأن صحة العقد أو بطلانه قبل نظر موضوع العقد، وأسقطت من حسابها العقد المكتوب دون تحقيق أو تسبيب مع ماله من أثر في تكوينه عند المحكمة بشأن ما إذا كانت الشقة مؤجرة خالية أم مفروشة.

وتختلف يمين الاستيثاق عن الصورة العامة المتممة في أمور أربعة كالتالي(٧٠٨):

١) من حيث التوجيه، وجوبية، وليست جوازية، فيوجهها القاضي إما من نفسه وإما بناء على طلب الخصم.
٢) من حيث الموجه إليه، توجه إلى المدعي عليه فقط، وليس لأي من الخصمين.
٣) من حيث الإلزام، ملزمة للقاضي، حيث يعد النكول بمثابة إقرار بالدين يقضي إلى سقوط دلالة هذه القرينة إلا أن يثبت وفائه بالدين أو يتمسك بالتقادم الطويل.

---

(٧٠١) نقض مني ٣ من مايو/ آيار سنة ١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س٢٩ رقم٢٥٣ ص١٢٩٧.
(٧٠٢) نقض مدني ٨ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٢، مجموعة المكتب الفني، س٣٣ رقم٧٠ ص ٣٨٧.
(٧٠٣) همام ص ٤٣٤ : ٤٣٥.

٤) من حيث إثبات الكذب، يجوز للمدعى إثبات كذب المدعى عليه، في خصـومة جديدة يسندها إلى دليل جديد لاثبات حقه أو إثبات كذب اليمين[٧٠٩]

(ب) الحجيـة، هذه اليمين تكمل قناعة القاضي بها لديه من مبدأ ثبوت بالكتابـة أو شهادة ضعيفة أو قرينة أو أكثر لا يطمئن إليها[٧١٠]، فهي بذلك تـرد علـى دليـل موجود ولكنه غير كامل، بالنسبة للخصمين[٧١١].

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه " يشترط لتوجيه اليمين المتممة ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل وأن يكون بها مبدأ ثبوت لجعل الإدعاء قريب الاحتمال وإن كان لا يكفي بمفرده لتكوين دليل كامل فيستكمله القاضـي بـاليمين المتممة، ولقاضي الموضوع الحرية في تعيين من يوجه إليـه هـذه اليمـين مـن الخصوم وهو يراعى في ذلك من كانت أدلته أرجح، ومن كان أجدر بالثقـة فيـه والاطمئنان إليه [٧١٢].

وإذا كانت سلطة القاضي التقديرية مغلولة إلى عنقـه فـي شـأن اليمـين القضائية الحاسمة، شأنها في ذلك شأن الكتابة والقرائن القانونية والإقـرار، فإنهـا سلطة تقديرية كاملة بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى وهي اليمين المتممة شأنها فـي ذلك شأن شهادة الشهود والقرائن القضائية.

وجدير بالذكر أن للقاضي العدول عن توجيه اليمين، في أي وقت، مـا دام قد وجه فيما ظهر من أدلة جديدة ما يحقق قناعته بثبوت الحق لأحد الخصمين دون

---

(٧٠٤) عكس ذلك مرقس ، ص٨١٦ هامش رقم ٢١ وما بعدها.

(٧٠٥) نقض مدني ٦ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني س١٧ رقم٧ ص٥٥.

(٧٠٦) نقض مدني ٦ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني س١٧ رقم٧ ص٥٥.

(٧٠٧) نقض مدني ٢٩ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٦٨، مجموعة المكتب الفنـي س ١٩ رقـم١٩٢ ص ١٢٧٦.

الآخر[٧١٣]، وما ينطبق على محكمة أول درجة ينطبق على محكمة الاستئناف التي يحق لها الإعراض عن نتيجة اليمين المتممة التي وجهتها محكمة أو درجة.[٧١٤]

كذلك يجوز للخصم إثبات كذب اليمين المتممة بعد الحلف، حيث ليست لها حجية قطعية.[٧١٥]

---

(٧٠٨) محمد حسين منصور ص ٢٤١.

(٧٠٩) نقض مدني ١٣ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٥٥، مجموعة الربع قرن جـ ١ ص ٨٣ (طعن رقم ٢٤٢ س ٢١ ق).

(٧١٠) نقض مدني ١٤ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٩٤ طعن رقم ٣٠٦٧ س ٥٩ ق.

الفصل الثامن
المعاينة والخبرة

نتعرض في هذا المقام لموضوعين اثنين وهما المعاينة (المبحث الأول)، والخبرة (المبحث الثاني).

المبحث الأول
المعاينة
Descente sur les lieux

أولاً: تعريف المعاينة : يغلب القول أن المعاينة تنطوي على حركة مادية من جانب القاضي، فينتقل[٧١٦] ليعاين، ومن هنا نصت المادة ١/١٣١ إثبات على أن "للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك"، وهذا هو أيضاً المفهوم من النص الفرنسي الذي ينصرف إلى "النزول إلى الموقع".

مع ذلك، فإن المعاينة ترتبط بالانتقال وقد لا ترتبط به، ففيها "مشاهدة" [٧١٧] لها أو بالأحرى الرؤية لأن المشاهدة تكون عادة بحاسة البصر فقط، في حين أن الرؤية أوسع و أفسح و أرحب لتشمل كل ما تدركه الحواس، وليس أدل على ذلك من أن رجال القانون قد ألفوا مصطلح خيار الرؤية.

ثانياً: أساس المعاينة : تتم المعاينة في إطار خصومة قضائية قائمة بالفعل، وقد تتم بصد خصومة مبتدأه بهدف إثبات القاضي المستعجل للحالة في إطار خصومة وقتية

---

(٧١١) يحيى رقم ١٣٠ص ١٨٧ و فرج رقم ١١٨ ص ٢٤٤.

(٧١٢) أبو السعود ص ٣٨٨:٣٧٧ و محمد حسين منصور ص ٢٤٤.

[718] شريطة توافر ركن الاستعجال و ركن عدم المساس بأصل الحق، مع افتراض دخول المنازعة في الاختصاص النوعي للقضاء المدني [719] فيثبت رافع الدعوى بذلك واقعة يحتمل ضياع معالمها إذا تركت وشأنها أو تأكيد معالم قد ينال منها الزمن[720].

ثالثاً: محل المعاينة : مال أو شخص : فكما تعاين المحكمة المال، تعاين الشخص، إذا ما ارتأت أن الوصول للحقيقية – في حدود الدعوى المرفوعة يقتضي ذلك. فالمال هو محل المعاينة إن كنا بصدد نزاع على الحيازة مثلاً، والشخص هو محل المعاينة إن كنا بصدد تعويض عن إصابة جسدية أو في مقام التحري عن تصوير الواقعة عقلاً و منطقاً، إذا ما ادعى شخص مثلاً أن آخر ألحق به الأذى في ماله أو شخصه، وكان على المحكمة المعاينة لتحري مدى تصور وقوع هذا الفعل بالنظر إلى الصفات الجسمانية للمتنازعين مثلاً.

ولا فارق في المعاينة بين المال المنقول والمال العقاري، فكلاهما يخضع للمعاينة، و إن كان الأول يمكن "نقله" ليعاينه القاضي في "مجلسه"، أما الثاني، فيتعين انتقال القاضي إليه حيث يترتب على نقله "تلف يلحق أصله". فكيف للقاضي أن ينقل شقة سكنية أو أرض زراعية إليه ليعاينها ؟ على العكس فالأدوات الزراعية والأثاث يمكن نقلها جميعاً لمجلس القضاء ليتسنى للقاضي المعاينة.

رابعاً: قرار المعاينة : يصدر القرار من القاضي، إما من تلقاء نفسه و إما بناء على طلب أحد الخصوم. وفي الحالتين مرد هذا القرار بالمعاينة هو ضمير القاضي و مدى قناعته بأن المعاينة "منتجة" في الإثبات.

---

(٧١٣) أبو السعود ص ٣٨٧:٣٨٨.

(٧١٤) أبو السعود ص ٣٨٩.

(٧١٥) محمد حسين منصور ص ٢٤٦.

وقد حرص قضاء النقض على التأكيد على أن المعاينة هي من الـرخص القانونية التي تملكها المحكمة في يمينها، فلها أن تقبلها كما لها أن ترفضها "متـى شاءت" [٧٢١]، فـالأمر مرده ما إذا كان يوجد في أوراق الدعوى "ما يكفي لاقناعها للفصل فيها" [٧٢٢].

خامساً: طرق المعاينة : تتم المعاينة باستخدام حاسة أو أكثر من حواس القاضـي، فقد تتم بالعين أو الأنف أو باللسان أو حتى باللمس. فكيـف للقاضـي أن يعـاين المضرور في دعوى التعويض إلا برؤيته، و كيف له معاينة مشروبات أو أطعمـة مدعي بفسادها و تلفها إلا بالأنف، و أن كان قد يحتاج إلى بصره لـيرى عليهـا إمارات العفن أو لسانه ليتذوقها. كذلك قد يكون القياس هو وسيلة المعاينة بالنسـبة للسوائل أو الملابس.

سادساً: إجراءات المعاينة : تضطلع بالمعاينة هيئة المحكمة بأكملها أو تندب واحد أو أكثر من بينها (إذا تعدد قضاتها)، وفي الحالتين يدون كاتب محضر بالمعاينـة، ويمهر الموقع بتوقيعهما معاً، الكاتب والقاضي، "و إلا كان العمل باطلاً" (مادة ٢٥ إثبات). وينطبق نفس الجزاء إذا لم يعلن الخصوم بقرار المحكمة بالانتقال حيث تتم بحضورهم " إذا ما أرادوا ذلك"[٧٢٣].

ويصنف هذا البطلان بين البطلان غير المتعلق بالنظام العام، فيسقط إذا لم يتمسك به أي من الخصوم، حيث هو ملك يمين الخصوم، فـلا تملـك المحكمـة إيقاعه بيدها[٧٢٤].

سابعاً: مدة المعاينة : أوجب المشرع أن تحدد المحكمة آجلاً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء (المادتان ٣ ، ٤ إثبات).

---

(٧١٦) نقض مدني ٧ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨، مجموعة المكتب الفني، س ٣٣ رقم٦٩ ص ٣٨١.

(٧١٧) نقض مدني ١٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٧٠ طعن رقم ٨ س ٣٦ق.

(٧١٨) أبو السعود ص ٣٨٣.

(٧١٩) محمد حسين منصور ص ٢٤٥.

ثامناً: سماع شهود لدى المعاينة : أجاز المشرع للمحكمة أو للقاضـي المنتـدب سماع من يرى سماعه من الشهود بناء على دعوة كتابية أو شفوية[٧٢٥]، فلا يجـب إعلان الشاهد على يد محضر[٧٢٦]، كما لا يجب تحليفـه اليمـين[٧٢٧] إلا إذا رأت المحكمة أو قاضيها المنتدب ذلك مناسباً. فلماذا يحلـف اليمـين عـابر سـبيل دل المحكمة على المكان الذي يوجد فيه المال أو يقطنه المضرور المقعد ؟

تاسعاً: الاستعانة بخبراء لدى المعاينة : أجـاز المشـرع للمحكمـة أو للقاضـي المنتدب، أن يستعين بخبير أو أكثر يرافقه في المعاينة، بحيث يكشف ما قد يوجـد من غمة حتى تبدو الحقيقة ناصعة.

عاشراً: حجية دليل المعاينة : " .. كل ما يثبت ... بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً فـي الدعوى يتحتم عليها (المحكمة) أن تقول كلمتها فيه "[٧٢٨] ، فإذا "ضربت في حكمها صفحاً عن نتيجة المعاينة، فإن هذا الحكم يكون قاصر التسبب"[٧٢٩].

على أية حال فإن المعاينة إذا لم يضطلع بها القاضي نفسه، أو المحكمة عند تعدد القضاة وعدم ندبهم لواحد من بينها للقيام بالمعاينة، فقد يندب خبيراً ليباشر عنه هذه المهمة، وإن كان يلتزم بأن يعين جلسة لاحقة لإيداع الخبيـر لتقريـره حتـى يتسنى له سماع ملاحظات الخصوم فيما انتهى إليه الخبير من نتائج وما حرره من محاضر أعمال استند إليها في هذا الشأن.

---

(٧٢٠) أبو السعود ص ٣٨٥.

(٧٢١) حاشية رمضان أبو السعود رقم ٢ ص ٣٨٥ : ٣٨٦.

(٧٢٢) عكس ذلك رمضان أبو السعود ص ٣٨٦.

(٧٢٣) نقض مدني ٨ من فبراير/ شباط سنة ١٩٤٥، طعن رقم ٥٩ س ١٤ق، مجموعة عمر، جـ ٤ رقم ٢٠٥ ص ٥٦٤.

(٧٢٤) نقض مدني ٨ من فبراير/ شباط سنة ١٩٤٥، طعن رقم ٥٩ س ١٤ق، مجموعة عمر، جـ ٤ رقم ٢٠٥ ص ٥٦٤.

وجدير بالذكر أن الخبير ليس له – في حدود هذه المهمة المناطـــة بـــه – سماع شهود بدون حلف يمين(٧٣٠).

المبحث الثاني

الخبرة

L’expertise

الخبرة هي وسيلة للإلمام بما لا يدخل ضمن الثقافة العامة، ويطلــق لفــظ الخبرة اصطلاحاً على الخبــرة القضـــائية وحـــدها (l'expertise Judiciaire) بالمقابلة للوكالة التي تقوم بين الخصم وأهل الخبرة في إطار الخبرة الغير رســمية (L'expertise Officieuse) أو الخبرة الودية (L'expertise amicale)(٧٣١).

المطلب الأول

ماهية الخبرة

أولاً: تعريف الخبرة:

" ..هي الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضـــي فـــي مجـــال الإثبـــات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنيـــة أو دراســـة علمية لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية المختص بحكم عملـــه وثقافتـــه"(٧٣٢)، وهي "إجراء للتحقيق"(٧٣٣)، يستهدف تقديم بيان أو رأي فني ليس ميسوراً للقاضـــي

---

(٧٢٥) محمد حسين منصور ص ٢٤٦.

(٧٢٦) الأستاذ الدكتور/ محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسات انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، القاهرة عام ١٩٩٠ رقم ١ ص١١.

(٧٢٧) الأستاذة الدكتورة/ آمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، دراسة قانونية مقارنـــة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٦٤، ص٣.

(٧٢٨) زكي رقم ١ ص١٢.

الاطلاع عليه بنفسه بحكم أن ينصب على "المسائل الفنية البحتة ... التي تقتصر عنها معارف القاضي العامة"(٧٣٤).

بعبارة أخرى، ترد الخبرة على كل مسألة تستدعى تخصصاً أو ثقافة أو دراية معينة، ليست متاحة للقاضى، فهو مجرد وسيلة إثبات يقصد بها التحقق من واقع معين يحتاج الكشف عنه إلى معلومات فنية خاصة ولا شأن له بالفصل في نزاع قانوني أو الموازنة بين أقوال الشهود وتقدير شهادتهم فهذا من صميم واجب القاضي ولا يجوز له التخلي عنه لغيره(٧٣٥).

فإذا كانت متاحة للقاضى، فعليه الرجوع إليها بنفسه ليتحرى وجودها ومضمونها حيث لا يعد هذا المسلك الإيجابي من جانب القاضي من قبيل العلم بمعلوماته الخاصة مادام "لهذه القواعد صفة العمومية أي تدخل في حدود المعرفة العامة التى _ وان لم يلزم أن تكون ثابتة لدى جميع أفراد المجتمع _ إلا أن معرفتها ممكنة لدى أي شخص عادى متوسط الذكاء ينتمي إلى مجتمع معين دون أن يتطلب ذلك من ثقافة معينة"(٧٣٦).

وندب الخبرة، هو من الرخص المخولة لقاضي الموضوع فله وحده تقدير لزوم هذا الإجراء دون معقب عليه في ذلك وله أن يرفض إجابة طلب الخصم إلى طلب تعيين خبير متى كان قائماً على أسباب مبررة(٧٣٧) لأن ذلك يدخل في نطاق سلطته التقديرية في فهم الواقع وتقدير الدليل(٧٣٨)، ويعد القضاء في الموضوع دون

---

(٧٢٩) زكي رقم ٤ ص٢١.

(٧٣٠) نقض مدني ٦ من مارس/ آذار سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س ٤٥ رقم٩٦ ص ٤٦٤.

(٧٣١) آمال عثمان رقم ٨٨ ص ١٤٨: ١٤٩.

(٧٣٢) نقض مدني ١٧ من ديسمبر/ كانون أول ١٩٨١، طعن رقم ٢٩ س ٤٨ق، ٢٧ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٨١ طعن رقم ٧٢٣ س ٤٨ق.

(٧٣٣) نقض مدني ٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني، س ٣٨ رقم١٣٢ ص ٦١٢.

التفات إلى طلب ندب خبير، "قضاء ضمنياً برفضه"[739]، متى أقامت حكمها على اعتبارات تبريره[740]، وإلا صح الطعن بالنقض فيه[741].

ثانياً: التمييز بين الخبرة وما قد يتشابه معها:

(١) الخبرة وشهادة الشاهد:

أ- **فروق شكلية**، تتساوى الخبرة والشهادة في كونهما من الوسائل التي تسعف القاضي في تكوين قناعته في شأن الكشف عن دليل أو تقدير دليل في الدعوى[742]، وكلاهما ملك يمين القاضي إن شاء أخذه وإن شاء طرحه ما دام قراره في هذا الشأن مسبباً حتى لا ينسب إليه الإخلال بالحق في الدفاع أو القصور في التسبب[743].

ب- **فروق موضوعية**، إذا كان الشاهد يسمع على سبيل الاستدلال قبل سن الرشد ويعتد بأقواله كدليل في سن الرشد، فإن الخبرة غير واردة إلا إذا استوفى الخبير الأهلية الكاملة طبقاً لأحكام القانون، بعنصريها أي أهلية عامة للشخص العادي وأهلية خاصة في التخصص المقصود[744].

ج- **المضمون**، إذا كان الشاهد يدلي بشأن ما أدركه بإحدى حواسه، بصورة عرضية وبغير تكليف بالحرص على هذا الإدراك، فإن الخبير يدلي بداية بثناء على تكليف واستناداً إلى معلومات علمية أو فنية أو تجريبية.[745]

---

(٧٣٤) نقض مدني ١٢ من نوفمبر/ تشرين ثان سنة ١٩٨٠، طعن رقم ٧٩٩ س ٤٦ق.

(٧٣٥) نقض مدني ٢٩ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٧٤، طعن رقم ٢٦١ س ٣٩ق و ٢٩ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٨١، طعن رقم ٨٨٨ س ٤٧ق.

(٧٣٦) نقض مدني ٥ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٣٦ (طعن رقم ٢٨ س ٥ق): طلبة ص٨٨٢.

(٧٣٧) آمال عثمان رقم ١٦ ص٣٦.

(٧٣٨) نقض مدني ١٧ من ديسمبر/ كانون أول ١٩٦١، طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٦ق، مجموعة المكتب الفني، س١٢ رقم١٢ ص٧٥٢.

(٧٣٩) آمال عثمان رقم ١٨ ص٣٩.

(٧٤٠) آمال عثمان رقم ٢٠ ص٤٦.

(٢) الخبرة والمعاينة

يشتركا في كونهما ليسا لازمين في كل الأحوال حيث قد يكتفي القاضي لتكوين قناعته بما في الأوراق من عناصر أخرى. فيما عدا ذلك فالفارق واضح .. "فالمعاينة هي وسيلة إثبات الغرض منها جمع الأدلة المادية. وفي هذا تختلف عن الخبرة التي هي وسيلة للتقدير الفني للأدلة المادية والمعنوية على حد سواء ..... وتتضمن رأياً فنياً علمياً ... وهذا لم يمنع من أن تنفيذ المعاينة قد يتطلب الاستعانة بأخصائي إذا كانت بعض المسائل ... تحتاج إلى معرفة خاصة لتقديرها"[٧٤٦].

(٣) الخبرة والقضاء

الخبير ليس قاضياً، ولا يجب أن يكون، وليس للقاضي أن يفوضه سلطاته في هذا الشأن "إذ تدخل إجراءات في صميم عمل السلطة القضائية"[٧٤٧]، وحرص قانون الإثبات على التأكيد على هذا المعنى فحظر على القاضي إسناد هذه المهمة إلى محكمة أخرى إلا إذا كان المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيداً عن مقر المحكمة، فأجاز للمحكمة "أن تندب لأجرائه قاضي محكمة المواد الجزئية الذي يقع هذا المكان في دائرتها" (مادة ٤)، كما أجاز إسناد المعاينة في دعوى لا تتعلق بنزاع قائم أمام القضاء، إلى غير السلطة القضائية (مادة ١٣٣) إثبات وهذا الفرض الأخير "يخرج في الحقيقة، عن عمل السلطة القضائية"[٧٤٨].

ثالثاً: حجية الحكم بندب خبير

لا حجية للحكم بندب خبير، فهو ليس حكماً قطعياً بل مجرد حكم تمهيدي، تملك المحكمة العدول عنه. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض أن ".. الحكم بتحقيق الدعوى سواء كان بندب خبير أو بأي طريق آخر لا يحوز حجية بالنسبة

---

(٧٤١) آمال عثمان رقم ٣٣ ص٦٤.

(٧٤٢) زكي رقم ٤ ص ٢٣.

(٧٤٣) زكي رقم ٤ ص ٢٤.

لما يثيره من وجهات نظر قانونية أو افتراضات واقعية بقصد إنارة الطريق أمام التحقيق المأمور به حتى تتهيأ الدعوى للفصل في موضوعها".[٧٤٩]

مع ذلك إذا تضمن حكم ندب خبير في أسبابه قضاءً بصفة قطعية في موضوع الخصومة، فلا يجوز إعادة النظر في هذا القضاء.[٧٥٠]

ولا يجوز الطعن في هذا الحكم بندب خبير إلا مع الحكم الصادر في الموضوع[٧٥١]، باعتباره حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع.

رابعاً: سقوط الحكم بندب خبير

يسقط الحكم بندب خبير في الأحوال الآتية:

(١) الحكم بسقوط الخصومة، فيزول الحكم بإجراء الإثبات عن طريق الخبير بسقوط الخصومة نفسها.[٧٥٢]

(٢) الحكم بترك الخصومة، فيزول الحكم بإجراء الإثبات عن طريق الخبير بترك الخصومة نفسها.[٧٥٣]

---

(٧٤٤) نقض مدني ٢٥ من يناير/ كانون ثان ١٩٧٨ طعن رقم ٧٥٤ س٤٠ ق ٢، مجموعة المكتب الفني س٢٩ رقم٦٠ ص٣٠٩: قضى بأن الحكم بتحقيق الدعوى سواء أكان بندب خبير أم بأي طريق آخر لا يحوز حجية بالنسبة لما يثيره من وجهات نظر قانونية أو افتراضات موضوعية مادام لم يتضمن حسماً لخلاف بين الخصوم ويجوز العدول عنه والالتفاف عما تضمنه من آراء قانونية أو افتراضات واقعية بقصد إنارة الطريق أمام التحقيق لمأمورية حتى تتهيأ الدعوى للفصل في موضوعها.

(٧٤٥) نقض مدني ٢٤ من يناير/ كانون ثان سنة ١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني س ٣٠ رقم٦٨ص٣٣٨.

(٧٤٦) نقض ٣١ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٦٨، مجموعة المكتب الفني س١٩ رقم٢٢٤ ص١٦٠٠.

(٧٤٧) نقض مدني ٢١ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٠ رقم١٧٦ ص ١١٣٨.

(٣) عدم إيداع أمانة الخبرة، شريطة أن يكون حاضراً الجلسة التي حكم فيها بإلزامه بالأمانة أو إعلانه بمنطوق هذا الحكم إذا تخلف عن حضورها.[٧٥٤]

خامساً: إجراءات الحكم بالخبرة:

للمحكمة أن تندب خبير واحد أو ثلاثة (لجنة ثلاثية)، وتحدد في حكمها التمهيدي قبل الفصل في الموضوع، ما يلي:

مأمورية الخبير، فتبين بدقة هذه المأمورية وما تأذن به من تدابير عاجلة يتخذها الخبير.

أمانة الخبير، وهو مبلغ نقدي يودعه الخصم في خزانة المحكمة لتغطية مصروفات الخبير، وأتعابه، والأجل الذي يتعين عليه إيداعها قبل حلوله، وما يجوز للخبير سحبه من هذه الأمانة لمصروفاته.

أجل إيداع الخبير لتقريره، فتحدد المحكمة أجلاً، إلى جوار أجل سداد الأمانة، لإيداع التقرير، وهي ميعاد تنظيمي لا يترتب على تجاوزه ثمة أثر إجرائي.

تاريخ جلسة نظر الدعوى في حالة عدم إيداع الأمانة خلال الأجل المضروب، وجلسة أخرى للمرافعة بعد إيداع الخبير لتقريره. تكون تاريخ الجلسة في الفرض الأول أقرب، وهي أمر تمليه البداهة. ولا يترتب ثمة بطلان كجزاء على مخالفة هذا الترتيب الزمني، "فإذا كان الطاعن لم يذكر أمام محكمة الاستئناف أن ثمة ضرراً قد أصابه من مخالفة المحكمة الابتدائية لهذا الترتيب وكان مناط الحكم بالبطلان في حالة عدم النص عليه أن يثبت أن الإجراء قد شابه عيب

---

(٧٤٨) نقض مدني ٢١ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٠ رقم١٧٦ ص ١١٣٨.

(٧٤٩) نقض مدني ٢١ من أكتوبر/ تشرين أول سنة ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفني، س٠ رقم١٧٦ ص ١١٣٨.

جوهري ترتب عليه ضرر بالخصم فإنه لا يقبل من الطاعن الادعاء بوقوع الضرر لأول مرة أمام محكمة النقض".(٧٥٥)

فإذا اتفق الخصوم على ندب خبير بعينه أو ثلاثة خبراء وسموهم واختلفوا في الاجتماع على الاسم أو الأسماء، تختار المحكمة من بين خبراء وزارة العدل من تشاء، ولها أن تختار من عداهم لأسباب نوضحها كأن نختار أحد أساتذة الجامعات مثلاً للطبيعة الحسابية لموضوع النزاع واحتياجه لعلم أو متخصص غير متوافر لدى خبراء وزارة العدل، ولا جزاء على المحكمة إن أغفلت أسباب الندب(٧٥٦) وللمحكمة أن تترك لمكتب الخبراء المعنى (مكتب خبراء المحكمة المنتدب) تسمية الخبير أو الخبراء فإذا خلا حكم المحكمة تحديد عدد الخبراء، كان للمكتب نفسه، حسبما يرى مناسبات تسمية واحد أو ثلاثة.

وإذا كان الغالب في الخبراء أن يكون عددهم واحد أو ثلاثة التزاماً بصريح نص المادة ١٣٥ إثبات، فإن ندب مكتب الخبراء لا ينطبق عليه ما ينطبق على القاضي. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض "مؤدى نصوص المواد ١٣٥و ٣/١٣٦ إثبات والمادة ٥٠ من الرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ بتنظيم الخبرة أمام جهات القضاء، أن المشرع قد اعتبر مكتب خبراء وزارة العدل ــ عند ندبه ــ هو الخبير في الدعوى، فلا عليه إذا ما تبين بسبب جسامة المأمورية وتشعب أعمالها وحسب نظامه الداخلي أن يعهد بها إلى خبيرين أو أكثر ولو كان عددهم

---

(٧٥٠) نقض مدني ١١ من مايو/ آيار سنة ١٩٦٧، مجموعة المكتب الفني، س١٨ رقم١٤٤ ص ٩٥٦.

(٧٥١) خلت المادة ١٣٦ إثبات من جزاء على إغفال المحكمة "أن تبين هذه الظروف في الحكم وبرر ذلك بحجة " حتى يسلك القاضي الطريق الذي يطمئن إليه دون معقب عليه في ذلك": طلبة ص ٨٧٩ وقد قضت في هذا المعنى بأن ما جرى عليه قضاء محكمة النقض أن "المشرع لم يرتب البطلان على تخطي قاضي الموضوع خبراء الجدول أو الخبراء الحكوميين إلى غيرهم دون أن يفصح في حكمه عن الأسباب الدافعة لهذا التجاوز لأنه سلوكه هذا السبيل يكون قد كشف عن أنه لا يرتاح إلى من تم تخطيه وأنه يطمئن إلى من صار ندبه" نقض مدني ٢٦ من مايو/ آيار سنة ١٩٨١، طعن رقم ٧٩٢ س٤٥ ق (مشار إليه لدى طلبه ص ٨٨٠).

زوجاً دون أن يكون بذلك قد تجاوز القيد الوارد بالمادة ١٣٥ إثبـات، لأن الأمـر مرده في النهاية أن مكتب الخبراء هو الخبير المقصود في الـدعوى، وإذا انتهـى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة قانوناً "فإنـه لا يكـون قـد خـالف القانون".[٧٥٧]

* وينظم الخبرة أمام جهات القضاء المرسوم بقانون رقـم ٩٦ لسـنة ١٩٥٢[٧٥٨] ويجعل مباشرة أعمال الخبرة ليس فقط لخبراء الجدول، أي الخبراء المقيدين فـي جداول محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية وحدهم، بل أيضاً خبراء وزارة العدل ومصلحة الطب الشرعي والمصالح الأخرى التي يعهد إليها بأعمال الخبرة، وكـل من ترى جهات القضاء عند الضرورة الاستعانة برأيهم الفني من غير من ذكـروا (مادة ١/ المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢).

* وإذا كان الندب عادة، دون إلزام، من بـين هؤلاء الخـبراء، فإن يد المحكمة مقيدة تماماً من مواد الضـرائب حيث الزمها بندب خبراء وزارة الـعدل (مادة ٥٠/٢).

وقد قضي بأن ندب "المصالح الأخرى التي يعهد إليهـا بأعمـال الخبـرة" ينصرف إلى إدارة تحقيق الشخصية بالنسبة لفحص البصمات[٧٥٩]، ولا يعـدو أن يكون النص على حكم بندب خبير من جهة بعينها "جدلاً في تقدير المحكمة لعمـل الخبير وهو ما لا يجوز أمام محكمة النقض".[٧٦٠]

سادساً: تنحي الخبير ورده:

---

(٧٥٢) نقض مدني ١٩ من مايو/ آيار سنة ١٩٨٥ (طعن رقم ١٧٨٩ س ٥٠ ق).

(٧٥٣) الوقائع المصرية، العدد ٩٦ في ٢٦ من يونيو/ حزيران سنة ١٩٥٢ ص ٢٢: ٢٧.

(٧٥٤) نقض مدني ٣٠ من مارس/ آذار سنة ١٩٦٧، طعن رقم ٣٣ س ٣٣ ق، مجموعة المكتب الفني، س١٨ رقم١١٥ ص٧٥١.

(٧٥٥) نقض مدني ١١ من مايو/ آيار سنة ١٩٦٧، طعن رقم ٣٣ س ٣٣ ق، مجموعة المكتب الفنـي، س١٨ رقم١٤٤ ص ٩٥٦.

١. الخبير قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له ولزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت مع الخصم أو زوجته بعد تنحي الخبير بقصد رده، وهو استثناء تمليه البداهة.
٢. الخبير وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنونة وراثته له بعد موته أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصيّ أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.
٣. الخبير له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة.
٤. الخبير كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مواكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية، أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز.

* ويحصل طلب الرد بتكليف الخبير الحضور أمام المحكمة أو القاضي الذي عينه وذلك في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ الحكم بتعيينه إذا كان هذا الحكم قد صدر بحضور طالب الرد وإلا ففي الثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم إليه (مادة ١٤٢ إثبات).

* وأكد المشرع على عدم ثبوت الحق في طلب الرد، إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد ذلك الميعاد أو إذا قدم الخصم الدليل على أن لم يعلم بها إلا بعد انقضاؤه (مادة ١٤٣ إثبات).

* كما أكد على حالة تمثيلها البداهة، وهي عدم قبول طلب الرد من أحد الخصوم إذا كان الخبير قد عين بناء على اختياره إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه (مادة ١٤٤ إثبات).

وفي كل الأحوال، حرص المشرع على أن يحسم طلب الرد علـــى وجـــه السرعة وحظر الطعن فيه بأي طريق، والزم طالب الـــرد – إذا رفــض طلبـــه – بغرامة مالية، وكانت قيمة الغرامة خمس جنيهات وحدها الأقصى عشرون جنيهاً، ثم زيدت بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ عشرة أمثال ثم زيدت مرة أخرى بمقــدار المثل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ [٧٦١].

سابعاً:تنفيذ الخبير لمهمته:

* إذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف إيداعها ولا من غيره من الخصوم كـــان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذي لم يقـــم بدفع الأمانة في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت الأعذار التي أبداها لذلك غير مقبولة (مادة ١٣٧).

* في اليومين التاليين لإيداع الأمانة يدعو قلم الكتاب الخبير بكتاب مسجل ــ ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن يتسلمها ما لم تأذن لـــه المحكمـــة أو الخصوم في ذلك وتسلم إليه صورة من الحكم (مادة ١٣٨).

* إذا كان الخبير غير مقيد اسمه في الجدول وجب أن يحلف أمام قاضي الأمـــور الوقتية ــ وبغير ضرورة لحضور الخصوم ــ يميناً أن يـــؤدي عملـــه بالصـــدق والأمانة وإلا كان العمل باطلاً (مادة ١٣٩).

* للخبير خلال الخمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفاءه من أداء مأمورية ولرئيس الدائرة التي عينته أو القاضي الذي عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التي أبداها لذلك مقبولة (مادة ١٤٠).

ويجوز في الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة في حكمها نقـــص هـــذا الميعاد فإذا لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفى من أدائها جاز للمحكمة التي ندبته أن تحكم عليه بكل المصروفات التي تسبب في إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات أن كان لها محل وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية.

---

(٧٥٦) الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرراً (أ) في ١٧ من مايو/ آيار سنة ١٩٩٩.

* وفي حالاته الاستعجال يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة العمل في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر وعندئذ يدعى الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على الأقل وفي حالات الاستعجال القصوى يجب أن ينص في الحكم على مباشرة المأمورية فوراً ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور في الحال، ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير (مادة ١٤٦).

* يجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو في غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح (مادة ١٤٧).

* يسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم، فإذا تخلف أحدهم عن الحضور أمامه أو عن تقديم مستنداته، أو عن تنفيذ أي إجراء من إجراءات الخبرة في المواعيد المحددة بما يتعذر معه الخبير مباشرة أعماله، أو يؤدي إلى التأخير في مباشرتها، جاز له أن يطلب من المحكمة أن تحكم على الخصم بأحد الجزاءات المقررة في المادة ٩٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، ويسري على هذا الحكم الأحكام المبنية في المادة المذكورة (مادة ١٤٨).

يجب أن يشتمل محضر أعمال الخبير على بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم ما لم يكن لديهم مانع من ذلك فيذكر في المحضر.

* كما يجب أن يشتمل على بيان أعمال الخبير بالتفصيل وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وتوقيعاتهم (مادة ١٤٩).

* على الخبير أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريراً واحداً يذكر فيهم رأي كل منهم وأسبابه (مادة ١٥٠).

* يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت إليه فإذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بعيداً عن موطن الخبير جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له وعلى هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التي تنظر الدعوى (مادة ١٥١).

وعلى الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل.

* إذا لم يودع الخبير تقريره في الأجل المحدد في الحكم الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام من الأعمال والأسباب التي حالت دون إتمام مأموريته (مادة ١٥٢).

وفي الجلسة المحددة لنظر الدعوى إذا وجدت المحكمة في مذكرة الخبير ما يبرر تأخيره منحته أجلاً لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره.

فإن لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنيه ومنحته أجلاً آخر لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره أو استبدلت به غيره وألزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة إلى قلم الكتاب وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات إن كان لها وجه.

ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بإبدال الخبير وإلزامه برد ما قبضه من الأمانة.

وإذا كان التأخير ناشئاً عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على ثلاثمائة ويجوز الحكم بسقوط حقه في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير.

* تقدر أتعاب الخبير ومصروفاته بأمر يصدر على عريضة من رئيس الدائرة التي عينته أو قاضي محكمة المواد الجزئية الذي عينه بمجرد صدور الحكم في موضوع الدعوى (مادة ١٥٧).

فإذا لم يصدر هذا الحكم في الثلاثة الأشهر التالية لإيداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها قدرت أتعابه ومصروفاته بغير انتظار الحكم في موضوع الدعوى.

* يستوفي الخبير ما قدر له من الأمانة ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على ما طلب تعيينه من الخصوم، وكذلك على الخصم الذي قضي بإلزامه المصروفات (مادة ١٥٨).

* لا يقبل التظلم من الخصم الذي يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه إلا إذا سبقه إيداع الباقي من المبلغ المقدر لخزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير (مادة ١٦٠).

* يحصل التظلم بتقرير في قلم الكتاب ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الأمر وينظر في غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام، على أنه إذا كان قد حكم نهائياً في شأن الإلزام بمصروفات الدعوى فلا يختصم في التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ولم يحكم عليه بالمصروفات (مادة ١٦١).

* إذا حكم في التظلم بتخفيض ما قدر للخبير جاز للخصم أن يحتج بهذا الحكم على خصمه الذي يكون قد أدى للخبير ما يستحقه على أساس أمر التقدير دون إخلال بحق هذا الخصم في الرجوع على الخبير (مادة ١٦٢).

ثامناً: قيمة دليل الخبرة:

* للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشته في تقريره أن رأت حاجة في ذلك، ويبدي الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ما تراه من الأسئلة مفيداً في الدعوى (مادة ١٥٣).

* للمحكمة أن تعيد المأمورية إلى الخبير ليتدارك ما تبين له من وجوه الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق (مادة ١٥٤).

* للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في المحضر (مادة ١٥٥).

* رأي الخبير لا يقيد المحكمة (مادة ١٥٦).

فإذا اطمأنت المحكمة لتقرير الخبير، فلها أن تحيل إلى الأسباب التي استند إليها، فتعتبر نتيجة التقرير وأسبابه جزءاً مكملاً لأسباب الحكم[٧٦٢]، حيث يحوز الحكم بالنتيجة التي انتهى إليها هذا التقرير "محمولاً على الأسباب التي بنيت عليها الالتزام بين النتيجة ومقدماتها"[٧٦٣]، فهذه النتيجة هي الحقيقة التي اقتنعت بها "لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمني والمسقط لكل حجة تخالفها"[٧٦٤].

مفاد ذلك أن يبرأ الحكم من عيب القصور إذا أحال لتقرير الخبير الذي تكفل بالرد على جميع اقتراحات الطاعن ومستنداته.[٧٦٥]

وكل ذلك يستند إلى أن القاضي هو الخبير الأعلى فيما يتعلق بوقائع الدعوى المطروحة عليه[٧٦٦]، باعتبار أن آراء الخبراء لا تعدو أن تكون عنصر من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع[٧٦٧] ، وبناءً على ذلك ليس على المحكمة متى اطمأنت إلى رأي خبير معين ورأت فيه ما يكفي لتكوين عقيدتها أن تستعين بخبير آخر ولو طلب الخصم ذلك إذ أن آراء الخبراء لا تعدو أن تكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها[٧٦٨] باعتبارها من عناصر الإثبات الواقعية في الدعوى[769].مع ذلك فإن الملاحظ في الحياة العملية في

---

(٧٥٧) نقض مدني ٢٥ من فبراير/ شباط سنة ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، س ٢٧ رقم١٠٢ ص٤٩٤.

(٧٥٨) نقض مدني ٥ من فبراير/ شباط سنة ١٩٧٧، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨ رقم٧٥ ص ٣٨٣.

(٧٥٩) نقض مدني ٢٧ من فبراير/ شباط سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني، س ٢٥ رقم٧١ ص ٤٣٩.

(٧٦٠) نقض مدني ٢١ من مارس/ آذار سنة ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني س ٢٧ رقم١٤١ ص٧١٤.

(٧٦١) نقض مدني ٢٨ من أبريل/ نيسان سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني س٢١ رقم١١٦ ص٧١٤.

(٧٦٢) نقض مدني ٩ من ديسمبر/ كانون أول سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني س٢٦ رقم٢٩٩ ص ١٥٩٣.

(٧٦٣) نقض مدني ٢٥ من فبراير/ شباط سنة ١٩٨١، مجموعة المكتب الفني، س ٣٢ رقم٦٣٣ ص٦٦٣.

(٧٦٤) نقض مدني ١٦ من مايو / آيار سنة ١٩٩٩، مجموعة المكتب الفني، س ٥٠، ج ١ رقم ١٣٤ ص ٦٧٤.

أن الوصول إلى إقناع القاضي بإطراح رأي الخبير الذي ندبه يستلزم جهوداً ضخمة(٧٧٠).

ونحن مع من يقول(٧٧١) بأن الاستعانة بالخبراء لا تتضمن نقل اختصاصات معينة إلى الخبير، وإنما إنشاء علاقة قانونية يلتزم بمقتضاها الخبير بأداء عمل معين وتتحمل السلطة القضائية بالاستعانة بخبير من الجدول أو من خارجه، ليس إلا أمراً أو حكماً بتعيين الخبير، فالقيد هو عمل إداري يهدف إلى أمرين أولهما الإقرار للمقيد بصلاحيته لمزاولة المهنة وثانيهما إلزام المقيد بالجدول بما تفرضه عليه طبيعة المهنة من التزامات بجانب ما يمنحه من حق في مزاولتها. ويلاحظ أن الخبير "المنتدب" من بين خبراء الجدول ليس في حقيقته منتدباً بل مكلفاً بأداء عمل من أعمال وظيفته في دعوى معينة.

وجدير بالذكر أن عدم اعتراض الطاعنين على مباشرة الخبير لمأموريته تنفيذاً لحكم قضائي ومناقشتهم لتقريره بعد ذلك لا يعد بذاته رضاءً بما تضمنه الحكم المذكور من قضاء ولا بما ورد بمدوناته من أسباب ولا يعتبر بدوره مانعاً لهم من الطعن عليه ذلك إزاء ما كفله لهم القانون الحق في هذا الطعن عن الطعن في الحكم الصادر في الموضوع المهني للخصومة كلها(٧٧٢).

---

(764) Durry, obsen. Sur coss civ, 5Ferrier 1968, RTDr- civ 1969 P- 566 No.1. M-

(٧٦٥) الأستاذة الدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية: دراسة قانونية مقارنة، القاهرة عام ١٩٩٤ رقم ١٣٧ ص ص ٢٢٣: ٢٢٤.

(٧٦٦) نقض مدني ٢٥ من ديسمبر/ كانون أول، مجموعة المكتب الفني، س ٣٥ رقم٤١٦ ص ٢١٩٤.

للمــؤلف

أولا : الكتب

كتب باللغة العربية:

١) حق الأداء العلني للمصنفات الموسيقية، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي واتفاقيتي برن وجنيف الدوليتين (صيغتا باريس سنة ١٩٧١)، الهيئة المصرية العامة للكتاب/ القاهرة ١٩٨٧.

٢) الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر بالفجالة/ بالقاهرة، عام ١٩٨٧ (حصل المؤلف على جائزة الدولة التشجيعية في القانون المدني وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية وفلسفة القانون عن هذا الكتاب).

٣) الوجيز في النظرية العامة للحق، دار الثقافة للطباعة والنشر بالفجالة، عام ١٩٨٧.

٤) الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالفجالة/ القاهرة عام ١٩٨٧.

٥) الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، القاهرة: الطبعة الأولى، عام ١٩٨٨، والطبعة الثانية عام ١٩٩٠، والطبعة الثالثة عام ٢٠٠١، والطبعة الرابعة ٢٠٠٥.

٦) الأحكام العامة لعقد الإيجار، محاضرات على الآلة الكاتبة ألقيت إلى طلاب السنة الثالثة بكلية حقوق بنى سويف عامي ١٩٨٨ – ١٩٨٩ و ١٩٨٩ – ١٩٩٠.

٧) الأحكام العامة لعقد البيع، محاضرات على الآلة الكاتبة ألقيت إلى طلاب السنة الثالثة بكلية حقوق بنى سويف عام ١٩٨٩ – ١٩٩٠.

٨) المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الأول: نظرية القانون، الطبعة الأولى عام ١٩٩٠ والطبعة الثانية عام ١٩٩٨ والطبعة الثالثة عام ٢٠٠٠.

٩) المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نظرية الحــق القــاهرة : الطبعة الأولى عام ١٩٩٠، والطبعة الثانية عام ١٩٩٢، والطبعة الثالثة عــام ١٩٩٣، والطبعة الرابعة عام ١٩٩٤، والطبعة الخامسة عام ١٩٩٥ والطبعــة السادســة عــام ١٩٩٨والسابعة عام ٢٠٠١ والثامنة ٢٠٠٣.

١٠) تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكريــة (تــريبس) علــى تشريعات البلدان العربية الطبعة الأولى عام ١٩٩٧ والطبعة الثانيــة عــام ١٩٩٩ والطبعة الثالثة عام ٢٠٠١.

١١) المفهوم القانوني للبيئة، القاهرة عام ٢٠٠١.

١٢) الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة عام ٢٠٠٢.

١٣) سحب أحكام محكمة النقض : دراسة تحليلية لأحكام القضاء المصــري والفرنســي– القاهرة عام ٢٠٠٤.

١٤) حقوق الملكية الفكرية – المفاهيم الأساسية : دراسة لأحكام القانون رقــم ٨٢ لســنة ٢٠٠٢ – القاهرة عام ٢٠٠٤.

١٥) البث الإذاعي عبر التوابع الصناعية – الطبعة الثانية – القاهرة عام ٢٠٠٤.

١٦) أحكام عقدي البيع والإيجار، القاهرة الطبعة الأولى عام ١٩٩٠ الطبعة الثانية (تحــت الطبع).

كتب باللغة الفرنسية:

1- L'exécution publique des œuvres musicales, étude comparée entre les lois française et égyptienne et les conventions internationales de Berne et de Genève (Versions de Paris, 1971) ; Thèse de doctorat d'Etat présentée et soutenue à la faculté du droit de l'Université de Paris XI (Sceaux) en 1983.
2- Un aperçu de la protection de droits d'auteur en Egypte, Le Caire 1984, (Cours pour les étudiants de la 4ème année de la faculté de doit de Bani-suéf de l'université du Caire).
3- Les droits réels principaux, le Caire 1985 (Cours pour les étudiants de la 4ème année de la faculté de droit de Bani-suéf de l'Université du Caire).
4- Sûretés réelles ou droits réelles ou droits réelles accessoires, Le Caire 1986 (Cours pour les étudiants de la 4ème année de la faculté de droit de Bani-suéf de l'Université du Caire).
5- Introduction au droit, Le Caire 1996.
6- Terminologie du droit Civil, Le Caire 1996.

ثانياً: المقالات:

(٤) مقالات باللغة العربية:

١- حق الأداء العلني للمصنفات الموسيقية، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي واتفاقيتي برن وجنيف لحق المؤلف، مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بالقاهرة، السنة السادسة والسبعون، العدد ٤٠١، يوليو/ تموز عام ١٩٨٥، ص ١٥٥ : ١٧٠.

٢- في تحديد المسئول عن دفع حقوق الأداء العلني للأفلام السينمائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية حقوق بني سويف، السنة الأولى، العدد الأول – يناير/ كانون ثان عام ١٩٨٦، ص ١٦٩ : ١٩١.

٣- المبادئ الأولية لحق المؤلف (حماية حق المؤلف في مصر)، رسالة المعلومات التي تصدر عن مركز المعلومات والتوثيق بالهيئة المصرية العامة للكتاب بالقاهرة، العدد السادس يوليو/ تموز عام ١٩٨٦، ص ٣٧ : ٤٩.

٤- تشريع حق المؤلف بين الواقع والقانون، مجلة عالم الكتاب التي تصدر عن الهيئة المصرية العامة للكتاب بالقاهرة العدد الحادي عشر (يوليه/تموز- أغسطس/آب- سبتمبر/أيلول) عام١٩٨٦ ص ٩:٨ والعدد الثاني عشر (أكتوبر/تشرين أول- نوفمبر/تشرين ثان- ديسمبر/كانون أول) عام ١٩٨٦ ص ٢٠ :٢١.

٥- بنوك المعلومات وحقوق المؤلف، مجلة المكتبات والمعلومات العربية التي تصدر عن دار المريخ بالمملكة العربية السعودية، السنة السادسة، العدد الثالث، يوليو/ تموز عام ١٩٨٦ (ذو القعدة عام ١٤٠٦هـ) ص ٤٩:٥، وأعيد نشر هذا المقال منقحاً في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية حقوق بني سويف، السنة الثانية، العدد الأول، يناير/كانون ثان عام ١٩٨٧ ص ٢٧٧ : ٣٢٤.

٦- الفيديوجرام والفونوجرام وحق المؤلف، مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بالقاهرة، السنة السابعة والسبعون، العدد ٤٠٥، يوليو/ تموز عام ١٩٨٦ ص ١١٣: ١٣٣ ثم نشرت منقحة في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية حقوق بنى سويف السنة الثانية، العدد الثاني يوليو/ تموز عام ١٩٨٧ ص١١٩ : ١٤٦ ثم نشرت مرة ثالثة مع بعض التنقيح في مجلة المحاماة، السنة ٦٨، العددان الخامس والسادس، مايو/أيار- يونيو/حزيران عام ١٩٨٨، ص ١٢٠ : ١٣٩.

٧- مفهوم الطفل وفتوى مجلس الدولة، مجلة القضاة التي يصدرها نادى القضاة بالقاهرة، السنة الثالثة، العددان الثالث والرابع، مارس/آذار - أبريل/نيسان عام ١٩٨٨، ص ٣ : ١٤ ثم نشرت منقحة في مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بالقاهرة، السنة الثمانون،

العددان ٤١٥- ٤١٦، يناير/كانون ثان - أبريل/نيسان عام ١٩٨٩، ص ٣٦١ : ٣٨٦.

٨- الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، مجلة نظم المعلومات التي تصدرها الجمعية العربية لنظم المعلومات والميكروفليم/ مصر، العدد الثاني عام ١٩٨٩ ص ٢٩ : ٤٦.

٩- المفهوم الحديث للمحرر، مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بالقاهرة، السنة الثمانون، يوليه/تموز وأكتوبر/تشرين أول ١٩٨٩، العددان ٤١٧ و ٤١٨ ص ٢٥٧ : ٢٧٦.

١٠- بند التعويض عن الانتهاء المبتسر لعقد العمل لمدة دنيا - بند البانتوفلاج - في مجال نظم المعلومات، مجلة نظم المعلومات التي تصدرها الجمعية العربية لنظم المعلومات والميكروفيلم/ مصر، العدد الثالث عام ١٩٩٠ ص ٥١:٣ و قد نشر هذا البحث في كتاب منفصل في نفس العام.

١١- البث الإذاعي عبر التوابع الصناعية و حقوق المؤلف، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي واتفاقيتي برن وجنيف الدوليتين لحق المؤلف، بحث قدم إلى المؤتمر الدولي لنظم المعلومات الذي نظمته الجمعية العربية لنظم المعلومات والميكروفيلم بالقاهرة (فندق ميريديان القاهرة/ ٤:٧ سبتمبر/أيلول ١٩٩٠)، وقد نشر هذا البحث في كتاب منفصل في عام ١٩٩١، وتحت الطبع نسخة منقحة منه.

١٢- مدى حق متلقي الامتياز التجاري في التعويض عن عدم تجديد عقده، المجلة الفصلية مجلة مصر المعاصرة/ الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع / القاهرة السنة ٨١، يوليو/ تموز - أكتوبر/تشرين أول، العددان ٤٢١ و ٤٢٢ عام ١٩٩٠ ص ٢٤٣ : ٣٦٢ ونشر منقحًا مرة أخرى بعنوان مدى أحقية متلقي الامتياز التجاري عن عدم تجديد عقده، المحاماة، العددان السابع والثامن - سبتمبر/أيلول - أكتوبر/تشرين أول سنة ١٩٩١ ص ١٠٠ : ١٢٠.

١٣- استخدام وسائل الاتصالات الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها في القانون الوضعي المصري والفرنسي: بحث قدم إلى المؤتمر الدولي لكلية حقوق القاهرة ومعهد قانون الإعمال الدولي وعنوانه " النظم التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية " (كلية حقوق القاهرة ٢- ٣ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٣ (نسختان من البحث عربية و فرنسية)، ٢٢ صفحة، و نشر البحث في كتاب منفصل عام ١٩٩٤.

١٤- ألف ليلة و ليلة : رؤية قانونية ، مجلة فصول القاهرة، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، ربيع عام ١٩٩٤ ص ٢٨١ : ٢٨٨.

١٥- عقود الإيجار في مجال الإعلان: دراسة لأحكام القضاء في ضوء آراء الفقهاء، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية، مصر)، المجلد الأول عام ١٩٩٥ ص ٣١: ٥٠.

١٦- الغش في التصرفات العقارية: تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية دستورية الصادر في أول يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٤، والأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر) المجلد الثاني عام ١٩٩٥ ص ٥ : ٢٨ وسبق نشره في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بكلية حقوق بني سويف، عدد يناير /كانون ثان و يوليه/تموز عام ١٩٩٤ ص ٤٨٢ : ٥١٠.

١٧- التكييف القانوني للشيك المصرفي: تعليق على حكم محكمة استئناف القاهرة/ الدائرة ٣١ مدني الصادر في ١٦ من نوفمبر/تشرين ثان سنة ١٩٩٤ في الدعوى رقم ١٨١٩٦ لسنة ١٩٩١ مدني كلى جنوب القاهرة ومقيدة بالجدول العمومي للاستئناف تحت رقم ٤٠٧٦ لسنة ١١١ قضائية، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر)، المجلد الثالث عام ١٩٩٥ ص ١٣: ٣٠ .

١٨- تعليقات موجزة باتفاقيات دورة أوروجواي التي انضمت إليها مصر في مجال تجارة السلع والخدمات، واتفاقيتا إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية وتفادى الازدواج الضريبي على جعائل حقوق المؤلفين، و حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩ من يونيو/حزيران سنة (١٩٩٣ المنشور بالجريدة الرسمية، العدد ٢٧ تابع في ٨ من يوليو/ تموز سنة ١٩٩٣ (ص ٣٣ : ٤٠) وحكم محكمة النقض (الدائرة المدنية

والتجارية على الصادر في ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٢ في الطعن رقم ١٤٦٢ السنة ٥٤ قضائية، وقرار النيابة العامة/ الدقي في الجنحة رقم ٨٠٤٧ لسنة ١٩٩٥ بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية لعدم الجناية ومشروع قانون بتنظيم إجراءات دعاوى التفريق بين الأزواج (دعاوى الحسبة)، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر)، المجلد الثالث عام ١٩٩٥، ص ١٢٠: ١٣١.

١٩- تعليقات موجزة: قانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة في مسائل الأحوال الشخصية وقرار رئيس الوزراء رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٦ بتشكيل للفصل في شكاوى المستثمرين و قرار رئيس الوزراء رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٦ بإنشاء مكاتب خدمة المستثمرين بالمحافظات، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد الرابع عام ١٩٩٦ ص ١٠٥ : ١٠٩ .

٢٠- تعليقات موجزة: قضاء حجية النسخة الكربونية في الإثبات و قرار وزير السياحة رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ في شأن شروط، و ضوابط نظام اقتسام الوقت في المنشآت الفندقية، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر)، المجلد الخامس عام ١٩٩٦ ص ١٢٧ : ١٣١.

٢١- الإطار القانوني لتداول المعلومات، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر)، المجلد السادس عام ١٩٩٦ ص ١٠٣ : ١٣٤.

٢٢- الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا : تأملات في الواقع والمستقبل، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد السابع عام ١٩٩٧ ص ٤٩ : ٨٥، مستقبل صناعة الدواء في مصر في إطار اتفاقية تريبس (رؤية قانونية)، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/مصر)، المجلد السابع عام ١٩٩٧ ص١٣٩ – ١٤٧.

٢٣- مشكلة الحاسبات عام ٢٠٠٠ : خواطر وتأملات، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد الثامن عام ١٩٩٧ ص ١٢٩ : ١٣٥.

٢٤- حجية مخرجات الحاسب في الإثبات، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد الثامن عام ١٩٩٧ ص ١٣٧: ١٣٩.

٢٥- سلوكيات المحكم بين قواعد الأخلاق و قواعد القانون، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر)، المجلد التاسع عام ١٩٩٨، ص ٨٥ : ٩٣.

٢٦- العقد الإداري في النظم اللاتينية والعقد الحكومي في النظم الأنجلوأمريكية، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر)، المجلد التاسع عام ١٩٩٨، ص ١٤٥ :١٥٠.

٢٧- مشروع قانون العمل: ورقة عمل، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر)، المجلد التاسع عام ١٩٩٨، ص ١٥١ : ١٥٧.

٢٨- الرقابة القضائية على صحة التشريعات، والأحكام (شركة الخدمات التعليمية/ مصر)، المجلد العاشر عام ١٩٩٨ ص ١٩ : ٤٩.

٢٩- نظام تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية: محاولة دراسة نقدية تاريخية لاتفاق التفاهم بشأن القواعد و الإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات : نظام الفرق – قاعدة التوافق – الجزاءات – الوضع الخاص بالدول النامية والأقل نمواً ، و الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد العاشر عام ١٩٩٨، ص ١٢٢ : ١٤٥ ونشرت أيضاً في مجلة التحكيم العربي/ الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الثالث (أكتوبر/تشرين أول عام ٢٠٠٠) ص ١٠٢ : ١١٢.

٣٠- حماية حقوق الملكية الفكرية "رؤى الفراعنة وفقهاء الشريعة الإسلامية وفحول الشعراء والأدباء" (منشور في المجلة الألمانية

Hans-Georg Ebert Thoralf Islamischen recht III, Peter Lang:- Hanstein (Hrsg)- Beitrage Zum Europaischer Verrlag der Wissenschaften. PP. 225-240).

٣١- التمثيل النسبي للنساء بنظام الحصص في المجالس النيابية، القاهرة عام ٢٠٠٠ (تحت الطبع).

٣٢- مجلة القضاء الفصلية، س٢٦ (عدد يناير/ كانون ثان سنة ٢٠٠٤، ص ٥١ : ٧١).

(٥)مقالات وتعليقات باللغة الفرنسية :

(1) Note sur l'arrêt de la cour de cassation égyptienne (chambre civile et commerciale) du 14 avril 1986 ; Revue Internationale de Droit d'Auteur : RIDA / France no. 131,Janvier 1987 pp. 222 : 224.

(2) L'enseignement du droit d'auteur en Egypte, Bulletin du Droit d'Auteur de I'Unesco- Paris / France Volume XXI, No. 2, 1987 pp 25 :30.

وقد نشر هذا المقال باللغتين الإنجليزية والإسبانية في نفس المجلة ونفس العدد كما نشـــر باللغة البرتغالية مختصراً في المجلة البرتغالية :

:52. Estudios Juridicos Vol.20, No. 49, Maio/Agosto 1987, pp.47

(3) Réflexions sur la protection juridique du logiciel. Bulletin du Droit d'Auteur de I'Unesco, Volume XXI, No. 4, 1989 pp 10 :22.

وقد نشر هذا المقال باللغتين الإنجليزية و الأسبانية في نفس المجلة و نفس العدد.

(٦)مقالات وتعليقات باللغة الإنجليزية:

(1) Legal Validity of microfilm as an evidence in Arab/ Laws with special reference to Egyptian law, proceedings of symposium on Chinese – Arabian information and micro-graphic management Taipei/ Taiwan (September, 25-27, 1991) pp. 160:164.

(2) Reform of Egypt's/copyright Law and copyright's Future in the Arab world. World Intellectual property Report (Published by the Bureau of N-ional Affairs, Inc., U.S.A)/vol. 7, PP, 44:45.

(3) Patent Law & practice, Trademark Law &. Practice and copyright law practice in Egypt, Digest of Intellectual Property Laws of the World Ocean a Publications, INC. New York – London – Rome, 1993,23 P.
(4) The Pharmaceutical Industry's Roadmap for Compliance with the Trips Agreement, GAT (The Magazine of the German-Arab Chamber of Industry and Commerce) March / April, 2002,pp.54: 55
(5) The Protection of Intellectual Property Rights: The Views of the Pharos, Islamic Jurisprudents, and masters of poetry and Literature, Hans-George Ebert Thoralf Hanstein (Hrsg)-Beitrage zum – Islamischen Recht III, Peter Lang: Europaischer Verlag der Wissenschaften. Pp.205-223.

ثالثاً: دراسات مترجمة إلى اللغة العربية من أصل بلغة أجنبية

(٧) أصل باللغة الفرنسية :

Clés pour une stratégie nouvelle du development: UNESCO, Paris/Les Editions Ouvriés,1984.

و قد نشرت الترجمة العربية تحت عنوان : "مفاتيح استراتيجية جديدة للتنمية"، الشعبة القومية لليونسكو/ القاهرة،عام ١٩٨٨. و قد وضع الأصل الفرنسي الأساتذة: أنور عبد الملك، و هناه كاو ترى، و برنار روزييه، ولى تانه كهوى.

(٨) أصل باللغة الإنجليزية :

١- شارك المؤلف مع آخرين في وضع الترجمة العربية لعقد الفيديك لمقاولات الأعمال المدنية نقلاً عن الأصل الإنجليزي الصادر من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين

(Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils: FIDIC/ Suisse)

وقد صدرت ترجمة الجزء الأول (الشروط العامة) عــن مكتــب الشــلقاني للاستشـــارات القانونية والمحاماة بالقاهرة سنة ١٩٩٢، وصدرت عن نفس المكتب ترجمة الجزء الثـــاني (الشروط الخاصة) سنة ١٩٩٤.

٢- "الوضع الاجتماعي للمرأة في مصر" (تحت الطبع).

٣- "مدرسة المجتمع" (Community School) منظمة اليونيسيف عام ١٩٩٤.

٤- "المصلحة الفضلى للطفل"(The Best Interest for the Child) عام ١٩٩٤.

٥- "تطبيق اتفاقية حقوق الطفل في مصر"(Implication of Child convention in Egypt)، منظمة اليونيسيف عام ١٩٩٤.

٦- حقوق المؤلف من جوتبرج إلى الفونوجراف الفضائي، جمعية نشـــر المعرفـــة/ القاهرة عام ١٩٩٩.

٧- برامج الحاسبات والملكية الفكرية، جمعية نشر المعرفة / القاهرة عام ٢٠٠٠.

مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد توحيد القانون المقارن/ روما (يونيدرواUNIDROIT)، مكتب الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة عام ٢٠٠٠.

فهرس

الطبعة الأولي عام ٢٠٠٦
رقم إيداع محلي ....
رقم إيداع دولي ....

" قد ينال المرء من طريـــق الأخـــذ والـــرد والبحـــث والجدل، ما لا يناله بالصراخ المتوالي والنزاع المســـتمر والحماس الفائر" (*)

(*) جريدة الوطن/ مصر ٦ من أبريل/ نيسان سنة ١٩١٩ ص١ تحت عنوان " الحماس والاعتدال ومـــا تدعو إليه الحال "